



EUI WORKING PAPERS IN LAW

EUI Working Paper LAW No. 92/24

Le Groupe de Sociétés
La crise du modèle légal classique
de la Société Anonyme

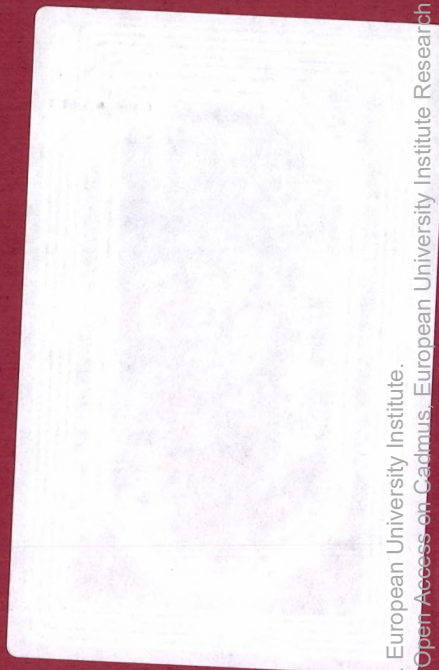
JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

European University Institute, Florence

European University Library



3 0001 0013 4764 2



Please note

As from January 1990 the EUI Working Paper Series is divided into six sub-series, each sub-series is numbered individually (e.g. EUI Working Paper ECO No 90/1).

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper LAW No. 92/24

Le Groupe de Sociétés
La crise du modèle légal classique
de la Société Anonyme

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES*

*** Institut Universitaire Européen (Florence, Italie)/**
Universidade Católica Portuguesa (Porto, Portugal)

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© José Engrácia Antunes
Printed in Italy in June 1992
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

TABLE DE MATIÈRES

Table de Matières	I
Bibliographie	III

PARTIE I LES GROUPES DE SOCIETES, COMME PHENOMENE ECONOMIQUE ET JURIDIQUE

Chapitre I Le Groupe de Sociétés, Phénomène Economique

§1 La vision atomisée classique de la société anonyme et ses postulats économiques et politico-juridiques	2
§2 Le passage de l'âge atomisé à l'ère moléculaire du droit des sociétés	4
§3 Le groupe de sociétés, acteur central sur le plan économique national et international	7

Chapitre II Le Groupe de Sociétés, Phénomène Juridique

§1 Le groupe de sociétés en face du Droit	
1. L'inertie du législateur	14
2. L'état de confusion de la jurisprudence	16
3. Le débat de la doctrine	17
§2 Le groupe, phénomène non-réglé et non-réglable?	19

PARTIE II LES GROUPES DE SOCIETES ET LA NOTION DE SOCIETE: LA CRISE DU MODELE LEGAL CLASSIQUE DE LA SOCIETE ANONYME

Chapitre I Le Modèle Légal Classique et Ses Bases Juridico-Dogmatiques

§1 La formation du modèle	21
§2 Les bases juridico-dogmatiques du modèle classique	23

1. L'institution de la personnalité morale	23
1.1. La personnalité morale, en tant que paradigme commun du droit comparé des sociétés: systèmes maximalistes et systèmes minimalistes	23
1.2. La personnalité morale et la société anonyme	29
2. L'institution du contrat	31
 Chapitre II La Crise Introduite par les Groupes de Sociétés: Réalité et Fiction du Modèle Légal Classique	
 §1 Le Groupe et la Société Anonyme-Personne Morale	
1. La société anonyme comme personne morale: attributs, substractum, et contenu légal	34
2. Le bouleversement introduit par les groupes	40
 <i>A - Groupe et structure patrimoniale de la société</i>	
1. L'éclatement de la structure patrimoniale	
1.1. Le principe de l'autonomie patrimoniale au sein des sociétés individuelles et des sociétés groupées	40
1.2. Direction unitaire et structure patrimoniale autonome	42
1.3. Résumé	50
2. L'affectation de la position juridique des divers acteurs engagés	
2.1. Position juridique de la société elle-même	51
2.2. Position juridique des actionnaires	55
2.3. Position juridique des créanciers	58
2.4. Position juridique des salariés	61
 <i>B - Groupe et structure organisationnelle de la société</i>	
1. La transformation de la constitution organisationnelle sociétaire	63
2. La transformation du fonctionnement organisationnelle sociétaire	67
 §2 Le Groupe et la Société Anonyme-Contrat	71

**PARTIE III LES ORIGINES DE LA CRISE ET LES VOIES POSSIBLES
DE SON DEPASSEMENT: VERS UN MODELE NORMATIF
ALTERNATIF DE LA SOCIÉTÉ ANONYME**

Chapitre I La Crise Générale des Fondaments du Droit Privé

§1 Droit privé et économie	75
§2 Droit privé et politique	78
§3 Droit privé et droit des sociétés	78

Chapitre II La Crise des Fondaments Dogmatiques de la Société Anonyme

§1 Contrat	79
§2 Personnalité Morale	
1. Personne Morale, un système personnel-patrimoine?	81
2. Personne Morale, un système fermé?	83
3. Un modèle alternatif de la société anonyme est-il possible?	87

BIBLIOGRAPHIE

- Abadessa, Pietro (1982), "I gruppi di società nel diritto italiano", 103-145, in: Pavone La Rosa, Antonio (ed.), "I Gruppi di società". Mulino, Bologna, 1982.
- Albers-Schönberg, Max (1981), "Haftungsverhältnisse im Konzern". Schulthess Polyg., Zürich.
- Amatucci, A./ Candi, A./ D' Alessandro, F./ Fanelli, G. (1978), "La disciplina dei gruppi di società nella Novella del 1974". Giuffrè, Milano.
- Apelt, Thomas M. (1984), "Der Konzern im englischen Company Law". Stenbach, Taunus.
- Arblaster, Anthony (1984), "The rise and decline of western liberalism". Blackwell, Oxford.
- Arndt, Helmut (1977), "Wirtschaftliche Macht - tatsachen und theorien". 2. Aufl., Beck, München.
- Arndt, Helmut (Hrsg.) (1960), "Konzentration in der Wirtschaft", 3 Bände. Duncker & Humblot, Berlin.
- Ascarelli, Tulio (1959), "Personalità giuridica e problemi delle società", in: Ascarelli, Tulio, "Problemi giuridici", tomo I, 233-316. Giuffrè, Milano, 1959
- Assmann, Hans-Dieter (1987), "Microcorporatist structures in german law of groups of companies", EUI Colloquium Papers, doc. 110/87 (col. 17)
- Bauer, Michel/ Cohen, Elie (1981), "Qui Gouverne les Groupes Industriels? - Essai sur l'exercice du pouvoir dans le groupe industriel". Seuil, Paris.
- Bausche, Hans-Joachim (1975), "Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im englischen Gesellschaftsrecht". Carl Winter, Heidelberg.
- Bälz, Ulrich (1974), "Einheit und Vielheit im Konzern", 287-338, in: Festschrift für Ludwig Raiser. Mohr, Tübingen, 1974.
- Bälz, Ulrich (1986), "Groups of Companies - the german approach", EUI working paper, Firenze.
- Bärmann, Johannes (1970), "Europäische Integration und Gesellschaftsrecht". Carl Heymanns, Köln.
- Behrens, Peter (1986), "Die Ökonomische Grundlagen des Rechts - Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz". Mohr, Tübingen.
- Berle, Adolf / Means, Gardiner (1932), "The Modern Corporation and Private Property". Harcourt, Brace & World (edition de 1969), New York.
- Berr, Claude (1974), "La place de la notion de contrôle dans le droit des sociétés", in: Melanges en l'honneur de Daniel Bastian, I (Droit des Sociétés), 1-22. Librairies Techniques, Paris, 1974.
- Bezard, Pierre/ Sayag, Alain (1975), "La protection des associés minoritaires au cours de la vie sociale", in: CREDA, "Les Groupes de Sociétés - une politique législative", 283-316. Librairies Techniques, Paris, 1975.
- Bezard, Pierre/ Sayag, Alain (1975), "Un système contractuel pour les groupes déclarés", in: CREDA, "Les Groupes de Sociétés - une politique législative", 229-255. Librairies Techniques, Paris, 1975.

- Béjot, Michel (1976), "La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne". Bruylant, Bruxelles.
- Bénoit, Francis-Paul (1978), "La démocratie libérale". PUF, Paris.
- Biedenkopf, Kurt (1971), "Die Konzentration als Rechtsproblem", in: Arndt, H. , "Die Konzentration in der Wirtschaft", Band I, 2. Aufl. Berlin.
- Blair, Roger / Lanzellotti, Robert (eds.) (1981), "The Conglomerate Corporation - an antitrust law and economic symposium". Gunn & Hain, Cambridge.
- Blohm, Hans (1972), "Konzernorganisation", 882-895, in: Handwörterbuch der Organisation. Poeschel, 1972.
- Blumberg, Phillip (1983), "The Law of Corporate Groups - procedural problems in the law of parent and subsidiary corporations", avec supplément 1986. Little, Boston.
- Bolze, Christian (1979), " Groupes de Sociétés et Droit de la Concurrence dans la Communauté Économique Européenne". Dissert., Nancy.
- Bornscheir, Volker (1976), "Wachstum, Konzentration und Multinationalisierung von Industrieunternehmen". Huber, Frauenfeld.
- Boucouchelièvre, Jeanne (1972), "Faut-il réglementer les groupes de sociétés en France?", 61-87 in: "Les Groupes de Sociétés", sémin. Liège. Martinus Nijhoff, Haye.
- Boucouchelièvre, Jeanne (1975), "Compte rendu d'une enquête sur 32 groupes français", in: CREDA, "Les Groupes de Sociétés - une politique législative", 13-68. Librairies Techniques, Paris, 1975.
- Brachvogel, Gerrit (1967), "Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern". Dissert., Berlin.
- Brachvogel, Gerrit (1980), "Die neuere Entwicklung des Konzernrecht in Frankreich", in: ZGR 9 (1980), 486-510
- Brooke, Michael/ Remmers, Lee (1978), "The Strategy of Multinational Enterprise". 2^e ed., Pitman, London.
- Buxbaum, Richard (1974), "The formation of marketable shares companies", in: IECL, vol. XIII (Business and Private Organisations), Chapter 3. Mohr, Tübingen.
- Buxbaum, Richard (1987), "Juridification and Legitimation Problems in American Enterprise Law", in: Teubner, Gunther (1987), "Jurification of Social Spheres", 241- 272. 1987, Walter de Gruyter, Berlin/ New York.
- Buxbaum, Richard M. (1983), "Extension of parent company shareholders' rights to participate in the governance of subsidiaries", in: AJCL, 31 (1983), 511-519.
- Buxbaum, Richard M./ Schneider, Uwe H. (1982), "Die Fortentwicklung der Aktionärsklage und der konzernlage amerikanischen Recht", in: ZGR, 11 (1982), 199-231.
- Büllinger, Martin (1968), "Öffentliches Recht und Privatrecht". Kohlhammer, Stuttgart.
- Bürgi, Wolfhart (1950), "Wandlungen im Wesen der juristischen Person", in: Festschrift für Hans Nawiasky, 254ss. Einsiedeln, Zürich/Köln, 1950.
- Caflich, Silvio (1961), "Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft". P.G. Keller, Winterthur.
- Cain, T. E. (1972), "Company Law", 10^e ed. Stevens & Sons, London.

- Campolongo, Alberto/ Grisoli, Angelo (1972), "Le impresa plurinazionali a vocazione europea". CEDAM, Padova.
- Cannuzzi, Sergio C. (1979), "Unico azionista, gruppi, lettere de patronage". Giuffrè, Milano.
- Cerrai, Alessandro (1982), "I gruppi di società nel diritto comunitario", 451-522, in: Pavone La Rosa, A. (ed.), "I Gruppi di Società". Mulino, Bologna, 1982.
- Champaud, Claude (1962), "Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions". Librairies Sirey, Paris.
- Champaud, Claude (1967), "Les méthodes de groupement de sociétés", in: RTDC 1967, 1003ff.
- Chandler, Alfred (1977), "The Visible Hand - the managerial revolution in american business". Harvard UP, Cambridge.
- Chandler, Alfred/ Daemz, Herman (eds.) (1981), "Managerial Hierarchies - comparative perspectives on the rise of the modern industrial enterprise", Havard UP, Cambridge.
- Channon, Derek/ Jalland, Michael (1979), "Multinational Strategic Planning". Macmillan, London.
- Chayes, Edison (1959), "The modern corporation and the rule of law", in: Mason, Edward, "The Corporation in the Modern Society", Harvard UP, Cambridge.
- Commission CEE (1977), "Observations préliminaires concernant les travaux d'harmonisation des législations sur les groupes d'entreprises".
- Conard, Alfred F. (1976), "Corporations in perspective". Foundation Press, Mineola, New York.
- Contin, Raphaël/ Hovasse, Henri (1971), "L' autonomie patrimoniale des sociétés - réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes", in: RDS, 31 (1971), chronique, 197-204.
- Cottino, Gastone (1976-78), "Diritto Commerciale", 2 vols. CEDAM, Padova.
- Dabin, Léon (1975), "Les systèmes rigides du type "Konzernrecht"", in: CREDA, "Les Groupes de Sociétés - une politique législative", 147-191. Librairies Techniques, Paris, 1975.
- Daemz, Herman (1978), "The holding company and corporate control". Nijhoff, Leiden.
- Davenport, George (1976), "Controlling the Multinational Corporations: a challenge for international law and international community". Dissert. Ph.D., UMI, London.
- Druey, Jean Nicolas (1980), "Aufgaben eines Konzernrechts", in: ZSR 1980, II, 273-387.
- Dunning, J. / Pearce, R. (1985), "The World's Largest Industrial Enterprises 1962-1983". Gower, Aldershot.
- Easterbrook, Frank/ Fischel, Daniel (1985), "Limited Liability and the Corporation", in: UCLR 52 (1985), 89-117.
- Eichner, Alfred (1980), "The Mega-Corporation and Oligopoly". Cambridge U.P., Cambridge.
- Eisenberg, Melvin (1976), "The Structure of the Corporation - a legal analysis". Little, Brown, Boston.
- Emmerich, Volker / Sonnenschein, Jürgen (1977), "Konzernrecht", 2. Aufl., Beck, München.
- Engrácia Antunes, José (1988), "Structure and Organisation of Japanese Multinational Enterprises", EEC internal document, Brussels.

- Fabrizius, Andreas (1986), "Parent and subsidiary corporations under U.S. law", EUI WP n° 86/233, Firenze.
- Farjat, Gerard (1986), "The contribution of economics to legal analysis: the concept of the firm", in: Daintith, T./ Teubner, G. (eds.), "Contract and Organisation", Walter de Gruyter, Berlin, 1986.
- Farrar, J. H. (1987), "Ownership and Control of listed public companies - revising or rejecting the concept of control", 39-67, in: Pettet, B. G. (ed.), "Company Law in Change". Stevens & Sons, London, 1987.
- Farrar, John/ Furey, Nigel/ Hannigan, Brenda (1985), "Company Law". Butterworth, London.
- Ferber, Christian von (1965), "Individuum und Gesellschaft - die liberale Konzeption". Landeszentrale für politische Bildung, Hannover.
- Ferri, Giuseppe (1971), "Le società". UTET, Torino, in: Vassali, Filippo, "Tratatto di diritto civile italiano", vol. 10, tomo 3. UTET, Torino, 1971.
- Ferri, Giuseppe (1976), "Manuale di Diritto Commerciale", 4^a ed. UTET, Torino.
- Flume, Werner (1974), "Gesamthandgesellschaft und juristische Person",
- Flume, Werner (1980), "Um eines neues Unternehmensrecht". Walter de Gruyter, Berlin/New York.
- Flume, Werner (1983), "Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts", Band II (Die juristische Person). Springer, Berlin.
- Fortman, Bastian (1966), "The theorie of competition policy - a confrontation of economic, political and legal principles". North-Holland, Amsterdam.
- Foyer (1961), "Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français", in: "La personnalité morale et ses limites", LDJG, Paris.
- Franceschini, Pierre/ Péliissier, Lucien (1981), "Droit et pratique des unions et groupements d'entreprises". Moniteur, Paris.
- Franko, Lawrence (1976), "The European Multinationals". Harper & Row, London.
- Friedmann, Wolfgang (1972), "Law in a changing society", 2^a ed. Stevens & Sons, London.
- Galgano, Francesco (1982-83), "Diritto Commerciale", vol. 2 ("Le società"). Zanichelli, Bologna.
- Germain (1974), "Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français". Thèse, Nancy.
- Gessler, Ernst (1972), "Die rechtlichen Möglichkeiten internationaler Unternehmensverbindungen in der EWG", 12-21, in: Lutter, Marcus, (ed.) "Recht und Steuer der internationalen Unternehmensverbindungen". Bertelsmann, Düsseldorf.
- Gleichmann, Karl (1987), "Le droit des entreprises de groupe dans la Communauté Européenne", EUI Colloquium Papers, doc. 109/87 (col.16)
- Goldmann, Berthold / Francescakis, Phocion (eds.) (1977), "L'Entreprise Multinationale face au Droit". Librairies Techniques, Paris.
- Goré, François (1977), "Droit des Affaires", tome II. Éditions Montchrestien, Paris.
- Gower, Laurence (1979), "The Principles of Modern Company Law", 4^a ed. Stevens & Sons, London.
- Granffenried, André von (1977), "Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung - die Regelung der Europäischen Aktiengesellschaft als Beispiel?". Peter Lang, Bern.

- Grossfeld, Bernhard (1968), "Aktiengesellschaft, Unternehmenkonzentration und Kleinaktionäre". Mohr, Tübingen.
- Grossfeld, Bernhard (1973), "Management and Control of Marketable Shares Companies", in: IECL, vol. XIII (Business and Private Organisations), Chapter 4. Mohr, Tübingen.
- Guyon, Yves (1982), "Droit des Affaires", 2^e ed. Economica, Paris.
- Hadari, Yitzhak (1973), "The Structure of the Private Multinationale Enterprise", in: MLR, 71 (1973), 729-806
- Hadden, Tom (1972), "Company Law and Capitalism". Weidenfeld & Nicolson, London.
- Hadden, Tom (1983), "The control of corporate groups". Institut of Advanced Legal Studies, London.
- Hadden, Tom (1984), "Inside Corporate Groups", in: International Journal of the Sociology of Law, 12 (1984), 271-276
- Halter, Rudolf (1974), "Der Begriff der einheitlichen Leitung im Konzern". Dissert., Heidelberg.
- Hamel, J. / Lagarde, G. / Jauffret, A. (1980), "Droit Commercial", tome I, vol. 2. 2^a ed. , Dalloz, Paris.
- Hannah, Leslie (1976), "The Rise of Corporate Economy". Methuen, London.
- Hannah, Leslie / Kay, J.A. (1977), "Concentration in Modern Industry". Macmillan, London.
- Hayek, Friederich (1976), "Individualismus und Wirtschaftliche Ordnung". Neugebauer, Salzburg.
- Heenen, Jacques (1985), "Partnerships and other personal associations", in: IECL, vol. XIII, Chapter 1. Mohr, Tübingen.
- Herman, Edward S. (1981), "Corporate Control, Corporate Power". Cambridge UP, Cambridge.
- Hémard, Jean/ Terré, François/ Mabilat, Pierre (1972-78), "Sociétés Commerciales", 3 vols. Dalloz, Paris.
- Hoffmann, Hans-Joachim (1977), "Gesellschaftsrecht und Konzentration - ein Ländervergleich". Dissert., Berlin.
- Hommelhoff, Peter (1982), "Die Konzernleitungspflicht - Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrecht". Carl Heymanns, Köln.
- Hopt, Klaus (1987), "Le droit des groupes de sociétés: expériences allemandes, perspectives européennes", in: RevS , 1987, 371-390
- Horn, Norbert (1980), "Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises", vol.I. Kluwer, Deventer.
- Huppert, Walter (1978), "Recht und Wirklichkeit der Aktiengesellschaft". Duncker & Humblot, Berlin.
- Iannuzzi, Mario (1973), "Considerazione critiche sulla più recente evoluzione dei lavori della Comunità Europea in tema delle società per azioni e dei gruppi", in: RS, 41(1973), 633-676.
- Immenga, Ulrich (1975), "Der Preis der Konzernierung", 253-267, in: Festschrift für Franz Böhm. Mohr, Tübingen, 1975.

- Immenga, Ulrich (1979), "Möglichkeiten der Konzernrechtsvergleichung", 297-306, in: Festschrift für Robert Fischer. Walter de Gruyter, Berlin, 1979.
- Immenga, Ulrich (1985), "Company Systems and Affiliation", in: IECL, vol. XIII, Chapter 7. Mohr, Tübingen.
- Jacob, Hermann (1972), "Konzernorganisation", 1149-1169, in: Sölter, A./ Zimmerer, C., "Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse". Modern Industrie, München.
- Jacquemin, Alexis (1972), "Le groupe de sociétés: décentralisation dans la concentration", 27-59, in: "Les Groupes de Sociétés", Séminaire de Liège de 1972. Martinus Nijhoff, Haye.
- Jadaud, Bernard/ Sayag, Alain (1975), "La vaine recherche d'une définition du groupe en droit français", in: CREDA, "Les Groupes de Sociétés - une politique législative", 193-228. Librairies Techniques, Paris, 1975.
- Jaeger, Pier G. (1980), "I gruppi tra diritto interno e prospettive comunitarie", in: GCom, 7 (1980), 916-926.
- Jauffret-Spinosi, Camille (1981), "Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction?", in: Études offertes à René Rodière. Dalloz, Paris, 1981.
- John, Uwe (1977), "Die organisierte Rechtsperson - System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht". Duncker & Humblot, Berlin.
- Juglart, Michel /Ippolito, Benjamin (1980), "Traité de Droit Commercial", vol. II (Les Sociétés), 3^e ed. Editions Montchrestien, Paris.
- Kalbe, Peter (1965), "Herrschaft und Haftung bei juristischen Personen". Dissert., Heidelberg.
- Kaufer, Erich (1977), "Konzentration und Fusionkontrolle". Mohr, Tübingen.
- Keutgen, Guy (1973), "Le droit des groupes de sociétés dans la CEE". Vander, Louvain.
- Kirchner, Christian (1985), "Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht", in: ZGR, 14 (1985), 214-234
- Kleiner, B. (1983), "Einige Gedanken zur Rechtsstellung der Aktiengesellschaft in ihrem wirtschaftspolitischen Umfeld", 567-575, in: Festschrift für Frank Vischer, Schulthess Polyg., Zürich, 1983.
- Koppensteiner, H.G. (1973), "La protection des créanciers au sein des groupes internationaux de sociétés", in: "Groupes des Sociétés et Droit International Privé", Genève.
- Kraft, Alfons/ Kreuz, Peter (1977), "Gesellschaftsrecht", 2. Aufl. Metzner, Frankfurt a.M.
- Kübler, Friedrich (1987), "Juridification of Corporate Structures", in: Teubner, Gunther (ed.), "Juridifications of Social Spheres - a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law", 211-240. 1987, Walter de Gruyter, Berlin/New York.
- Langen, Albrecht (1980), "Die Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft bei einem Multinationalen Unternehmen". Dissert., Bonn.
- LaPalombara, Joseph/ Blank, Stephen (1977), "Multinational Corporations in Comparative Perspective". Conference Board, New York.

- Leben, Charles (1977), "Les manifestations du contrôle multinational dans la gestion: les centres de profit", 129-147, in: Goldmann/ Francescakis, "L'entreprise multinationale". Lib. Techniques, Paris, 1977.
- Lecaillon, Jacques (1975), "Économie Politique Générale". Cujas, Paris.
- Lehmann, Michael (1986), "Das Privileg der beschränkten Haftung und der durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht - eine juristische und ökonomische Analyse", in: ZGR, 15 (1986), 345-370
- Lindauer, John (1977), "Economics - a modern view". Saunders, Philadelphia.
- Lutter, Marcus (1973), "Der Aktionär in der Marktwirtschaft". Walter de Gruyter, Berlin/New York.
- Lutter, Marcus (1974), "Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro del diritto europeo", in: RS, 32, 1974, 1-24.
- Lutter, Marcus (1974), "Teilfusionen im Gesellschaftsrecht", 199-218, in: Festschrift für Carl Hans Barz. Walter de Gruyter, Berlin, 1974.
- Lutter, Marcus (1974), "Zur Binnenstruktur des Konzerns", 347-368, in: Festschrift für Harry Westermann. Müller, Karlsruhe.
- Lutter, Marcus (1979), "Europäische Gesellschaftsrecht - texte und materielen zur Rechtsangleichung nebst Einführung and Bibliographie". Walter de Gruyter, Berlin/New York.
- Lutter, Marcus (1981), "Lo sviluppo del diritto dei gruppi in Europa", in: RS, 42 (1981), 654-672.
- Lutter, Marcus (1982), "Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe", in: ZGR 11 (1982), 244-275.
- Lutter, Marcus (1983), "The Law of Groups of Companies in Europe: a challenge to jurisprudence", in: Forum Internationale, vol.1 (1983), n° 1.
- Lutter, Marcus (1985), "Organzuständigkeiten im Konzern", 825-854, in: Festschrift für Walter Stimpel. Walter de Gruyter, Berlin, 1985.
- Lutter, Marcus (1987), "Konzernrecht: 100 Bände BGHZ", in: ZGR, 151 (1987), 444-461.
- Lutter, Marcus (ed.) (1972), "Recht und Steuer der internationalen Unternehmensverbindungen". Bertelsmann Universitätsv., Düsseldorf.
- Lyon Caen, Antoine/ Leben, Charles (1977), "Les manifestations du controle multinationale", 77-145, in: Goldmann, B./ Francescakis, P., "L'entreprise multinationale face au droit". Librairies Techniques, Paris, 1977.
- Lyon-Caen, Antoine (1977), "Entreprises multinationales et droit européen de la concurrence", 325-404, in: Goldmann/ Francescakis, "L'entreprise multinationale face au droit". Lib. Techniques, Paris, 1977.
- Mach, Oliver (1974), "L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence". George, Genève, .
- Maggiore, Giuseppe R. (1970), "Personalità giuridica e società di capitali", in: RS, 15 (1970), 541-616.
- Mason, Edward (ed.)(1961), "The Corporation in Modern Society". Harvard UP, Cambridge.
- Meiser, Michael (1984), "Leitungsautonomie im divisionalisierten Konzern". Peter Lang, Frankfurt am Main.

- Mestmäcker, E.-J. (1958), "Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre". Müller, Karlsruhe.
- Morvan, Yves (1972), "La concentration de l'industrie en France". Colin, Paris.
- Mosch, Wolfgang (1978), "Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung". V. Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld.
- Müller, Klaus (1977), "Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht", in: ZGR, 6 (1977), 1-34
- OECD (1980), "Responsability of parent companies for their subsidiaries". OECD, Paris.
- OECD (1984), "Transfers pricing and multinational enterprises". OECD, Paris.
- Ohl, Daniel (1982), "Les prêts et les avances entre sociétés d'un même groupe". Librairies Techniques, Paris.
- Ommeslaghe, Pierre van (1972), "Les groupes de sociétés et le droit européen des sociétés", 235-275, in: "Les Groupes de Sociétés", sémin. Liège. Martinus Nijhoff, Haye.
- Oppetit, B. / Sayag, A. (1981), "Les Structures Juridiques de l'Entreprise", 3^e ed. Librairies Techniques, Paris.
- Ott, Klaus (1977), "Recht und Realität der Unternehmenskorporation". Mohr, Tübingen.
- Otterbeck, Lars (ed.) (1981), "The management of headquarters-subsidiary relationships in multinational corporations". St. Martin's Press, New York.
- Ould, John (1986), "Controlling subsidiary companies - a guide to group management and financial control". Woodhead-Faulkner, Cambridge.
- Öztekin, Selçuk (1982), "La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigées par une société holding". Léman, Lausanne.
- Paillesseau, Jean (1967), "La Société Anonyme - technique d'organisation de l'entreprise". Librairie Sirey, Paris.
- Paillesseau, Jean (1972), "Les groupes de sociétés, analyse du droit positif français et perspectives de réforme", 139-185, in: "Les Groupes de Sociétés", sémin. Liège. Martinus Nijhoff, Haye.
- Paillesseau, Jean (1984), "Les fondements du droit moderne des sociétés", in: SJ, 1984, I-doctrine, 3148.
- Pavone La Rosa, Antonio (ed.) (1982), "I Gruppi di Società". Mulino, Bologna.
- Pellizzi, Giovanni L. (1981), "La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula", in: RDC, 27 (1981), I, 481-493.
- Pennington, Robert (1979), "Company Law", 4^e ed. Butterword, London.
- Penroase, Edith/ Slater, Martin (1980), "The Theorie of the Growth of the Firm", 2 ed., Blackwell, Oxford.
- Pettet, B. G. (ed.) (1987), "Company Law in Change - current legal problems". Stevens & Sons, London, 1987
- Pipkorn, Jörn (1987), "The law of groups of enterprises in the European Community", EUI CP, doc.121/87 (col.28)
- Piras (1982), "I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano", in: Pavone La Rosa (ed.), "I Gruppi di Società - ricerche per uno studio critico". 1982, Mulino, Bologna.

- Planta, Andreas von (1981), "Die Haftung des Hauptaktionärs". Helbing & Lichtenhahn, Basel.
- Plasschaert, Sylvain (1979), "Transfer pricing and multinational corporations". Saxon House, Farnborough.
- Prentice, D.D. (1982), "Groups of Companies: the english experience", in: Hopt, Klaus (ed.), "Groups of Companies in European Laws", 99-130. Walter de Gruyter, New/York.
- Raisch, Peter (1973), "Unternehmensrecht", Band I e II. Rowohlt, Reinbeck.
- Raiser, Thomas (1969), "Das Unternehmen als Organisation". Walter de Gruyter, Berlin/New York.
- Raiser, Thomas (1985), "The Theory of Enterprise Law and the harmonization of the rules on the annual accounts and on consolidated accounts in the European Communities", EUI working paper n° 85/197, Firenze
- Rehbinder, Eckard (1983), "Zum konzernrechtlichen Schutz der Aktionäre einer Obergesellschaft", in: ZGR, 12 (1983), 92-108
- Rehbinder, Eckardt (1969), "Konzernaussenrecht und allgemeines Privatrecht".
- Renaud, J. (1982), "Droit Européen des Sociétés", Bruylant, Bruxelles.
- Ricks, David (1978), "International Dimensions of Corporate Finance". Prentice-Hall, Englewood Cliffs.
- Rittner, Fritz (1983), "Konzernorganisation und Privatautonomie", in: AcP, 183 (1983), 295-310.
- Rittner, Fritz (1973), "Die werdende juristische Person - Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht". Mohr, Tübingen.
- Robbins, Sidney / Stobaugh, Robert (1974), "Money in the Multinational Enterprise - a study in financial policy". Longman, London.
- Rodière, René (1967), "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration". Collection Etudes, Bruxelles.
- Rodière, René (1980), "Droit Commercial - Groupements Commerciaux", 10^a ed. (com colaboração de Bruno Oppetit). Dalloz, Paris.
- Rossi, Guido (1967), "Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa". Giuffrè, Milano.
- Ruedin, Roland (1980), "Vers un droit des groupes de sociétés?", in: ZSR, 1980, II, 147-272.
- Sauvain, Anne PetitPierre (1972), "Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés". George, Genève.
- Schapira, J. (1971), "L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme", in: RS, 1971, 543-566.
- Schilling, Wolfgang (1973), "Macht und Verantwortung in der Aktiengesellschaft (oder das Prinzip der Interesseneinheit)", in: ZGR, 2 (1973), 159-169.
- Schmidt, Dominique (1969), "Les droits des minorités dans la société anonyme". LDJG, Paris.
- Schmidt, Dominique (1982), "Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe nach französischen Recht", in: ZGR, 11 (1982), 276-290.
- Schmidt, Karsten (1980), "Unternehmen und Abhängigkeit: Begriffseinheit und begriffsvielfalt im Kartel- und Konzernrecht", in: ZGR, 9 (1980), 277-288.

- Schmidt, Karsten (1986), "Gesellschaftsrecht". Carl Heymans, Köln.
- Schmitthof, Clive (1972), "Unternehmensverbindungen im englischen Recht", 22-29, in: Lutter, Marcus (ed.), "Recht und Steuer der internationalen Unternehmensverbindungen", Betreilmann, Düsseldorf.
- Schmitthof, Clive (1977), "Group Liability of Multinationals", 71-85, in: Simmonds, Kenneth, "Legal Problems of Multinational Corporations", London, 1977.
- Schmitthof, Clive (1981), "Commercial Law in a changing economic climate". Sweet & Maxwell, London.
- Schmitthof, Clive (1982), "Palmer's Company Law". 4thed., Stevens, London.
- Schneider, Uwe (1981), "Konzernleitung als Rechtsproblem - Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht", in: BB (1985), 249-259.
- Schneider, Uwe (1984), "Das Recht der Konzernfinanzierung", in: ZGR, 13 (1984), 497-537.
- Schubert, Werner / Küting, Karlheinz (1981), "Unternehmenszusammenschlüsse". Franz Vahlen, München.
- Sealy, L.S. (1984), "Company Law and Commercial Reality". Sweet & Maxwell, London.
- Serick, Rolf (1958), "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles" (trad. espanhola). Ariel, Barcelona.
- Simmonds, Kenneth (ed.) (1977), "Legal Problems of Multinational Corporations". British Institut of International and Comparative Law, London.
- Slongo, Bruno (1980), "Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs". Schult. Polygraphischer, Zürich.
- Smith, Kenneth/ Keenan, Denis (1981), "Company Law", 4th ed. Pitman, London.
- Sölter, A. / Zimmerer, C. (1972), "Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse". Moderne Ind., München.
- Steinmann, Horst/ Gerum, Elamar (1978), "Reform der Unternehmensverfassung". Carl Heymanns, Köln.
- Stokes, Mary (1986), "Company Law and Legal Theory", 155-183, in: Twining, William (ed.), "Legal Theory and Common Law". Basil Blackwell, London, 1986.
- Stokman, Frans/ Ziegler, Rolf/ Scott, John (1985), "Networks of Corporate Power". Polity Press, Cambridge.
- Stolfi, Caterina (1984), "Le società multinazionali nel diritto comunitario". Giuffrè, Milano.
- Strohn, Lutz (1977), "Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern - Zur Harmonisierung der §§ 311 AktG mit den allgemeinen Bestimmungen des Aktienrechts". Carl Heymanns, Köln.
- Supiot, Alain (1986), "Groupes de Sociétés et Paradigme de l'Entreprise", in: RTDC 38 (1986), 621- 652.
- Sura, Achim (1980), "Fremdeinfluss und Abhängigkeit im Aktienrecht". Universitätsverlag Konstanz.
- Teubner, G. (1983), "Corporate Responsibility" als Problem der Unternehmensverfassung, in: 12 ZGR 1983, 34-63.

- Teubner, Gunther (1985), *Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries*, In: Teubner, G./ Hopt, K. (eds.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities*, 149-177. Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1985.
- Teubner, Gunther (1985), *Unternehmensinteresse - Das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens «an sich»?*, in: 149 ZHR 1985, 470-498.
- Teubner, Gunther (1988), *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the "Essence" of the Legal Person*, in: 36 AJCL 1988, 130-155.
- Teubner, Gunther (1990), *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*. In: Sugarman, D./ Teubner, G. (eds.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, 67-104. Nomos, Baden-Baden, 1990.
- Timm, Wolfram (1980), *"Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze"*. Carl Heymanns, Köln.
- Tindall, Robert E. (1975), *"Multinational Enterprises - legal and management structures and interrelationship with ownership, control, antitrust, labor, taxation and disclosure"*. Oceana Publications, New York.
- Tunc, André (1978), *"Le droit anglais des sociétés anonymes"*. 2^{ed.}, Dalloz, Paris.
- United Nations , *"Transnational Corporations in World Development - third survey"*. UNCTC Publications, New York 1983.
- Vagts, Detlev F. (1966), *"Reforming the "Modern" Corporation: perspectives from the german"*, in: Harvard Law Review, 80 (1966), 2389
- Van den Bulcke, Daniël/ Van Pachterbeke, Marie-Anne (1982), *"European Headquarters of American Multinational Enterprises in Brussels and Belgium"*. Diepenbeek, Economische Hogeschool Limburg.
- Van Hecke, Georges (1984), *"Multinational enterprise between Hammer and Anvil"*, in: Forum Internationale, vol. 1 (1984), n^o4
- Vanberg, Viktor (1975), *"Die zwei Soziologen - Individualismus und Kollektivismus in der Sozialtheorie"*. Mohr, Tübingen.
- Vanhaecke, Michel (1962), *"Les Groupes de Sociétés"*. LGDJ, Paris.
- Verdier, Bernard (1977), *Une illustration du controle multinationale: La politique financière des entreprises multinationales"*, 146-183, in: Goldmann / Francescakis, *"L'entreprise multinationale face au droit"*. Librairies Techniques, Paris, 1977.
- Vernon, Raymond (1974), *"Les conséquences économiques et politiques des entreprises multinationales"*. Ed. Robert Laffont, Paris.
- Vernon, Raymond/ Wells, Louis (1976), *"Manager in the international economy"*. 3^a ed., Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey.
- Verrucolli, Piero (1964), *"Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law"*. Giuffré, Milano.
- Wallace, Cinthia D. (1982), *"Legal Control of the Multinational Enterprise"*. Martinus Nijhoff, Haghe/ Boston/ London.
- Weiss, Gottfried (1957), *"Significato economico della società per azioni"*, in: NRDC 1957, 77ss.
- Westermann, H. Peter (1974), *"Unternehmensverfassung und Gesellschaftsrecht"*, 563-583, in: Festschrift für Harry Westermann. Müller, Karlsruhe, 1974.

- Wieacker, Franz (1967), "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit". 2 Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- Wiedemann, Herbert (1980), "Gesellschaftsrecht - Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts". Band. I, Beck, München.
- Wiedemann, Herbert (1982), "The German Experience with the Law of Affiliated Enterprises", in: Hopt, Klaus (ed.), "Groups of Companies in European Laws", 1982, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 21-44.
- Wiethölter, Rudolph (1961), "Interessen und Organization der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht". Müller, Karlsruhe.
- Wildhaber, L./ Grossfeld, B./ Sandrock, O./ Birk, R. (1978), "Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen". Müller, Heidelberg/ Karlsruhe.
- Williamson (1986), "The Modern Corporation: origins, evolution, attributes", 1537-1568, in: 19 Journal of Economic Literature 1986.
- Williamson, Oliver (1975), "Markets and Hierarchies - analysis and antitrust implications". Free Press, New York.
- Wooldrige, Francis (1981), "Groups of Companies: the Law and Practice in Britain, France and Germany". Institut of Advanced Legal Studies, London.
- Woot, Philippe de/ Maredsous, Xavier D. (1984), "Le management stratégique des groupes industriels". Ed. Economica, Paris.
- Zumstein, Jaques (1954), "Du caractère institutionnel de la société anonyme". Dissert., H. Jaunin, Lausanne.

PARTIE I

LES GROUPES DE SOCIETES, PHENOMENE ECONOMIQUE ET JURIDIQUE

CHAPITRE I

LE GROUPE SOCIETAIRE, PHENOMENE ECONOMIQUE

La Société Anonyme (*Corporation*) constitue une sorte d'institution-clef des temps modernes. Marque fondamentale de notre système économique¹ et social², voire politique³ et même culturel⁴, elle a depuis longtemps attirée l'attention des juristes et elle est devenue de façon croissante un des objets privilégiés de leurs réflexions. Cette circonstance ne peut pas étonner, étant donnée la position stratégique et centrale que la société anonyme occupe dans le cadre de l'organisation industrielle moderne et du système économique en général. "Instrument merveilleux du capitalisme moderne" (Ripert), "specific institution of neocapitalism" (Berle/ Means), "our most important economic institution" (Mason), ou encore, plus pompeusement, "the greatest single discovery of modern times" (Butler)⁵ ne sont que quelques uns des clichés les plus divulgués, qui expriment l'accord unanime des auteurs sur le rôle fondamental joué par la société anonyme dans l'économie contemporaine.

Cette opinion est, à plusieurs titres, parfaitement justifiée. En effet, l'essor des grandes entreprises industrielles pendant le dernier siècle a demandé un rassemblement massif de capitaux, de patrimoines, de travail et de planification organisationnelle que seule une technique juridique telle que la

¹ Seally (1984), "Company Law and Commercial Reality", 1 et s.; Williamson (1986), "The Modern Corporation: origins, evolution, attributes", 131 et s.; Daemz (1980), "The Rise of the Modern Industrial Enterprise", 203 et s.; Herman (1981), "Corporate Control, Corporate Power", 1 et s.; Horn/Kocha (1979), "Recht und Entwicklung der Großunternehmen", 123 et s.

² Selznick (1966), "Law, Society and Industrial Justice", 43 et s.

³ Ott (1977), "Recht und Realität der Unternehmenskorporation", spec.127 et s.; Latham (1959), "The Body Politic of the Corporation", 218 et s.; Steimann (1969), "Das Großunternehmen im Interessenkonflikt", spec.36 et s.; Mason (1959), "The Corporation in Modern Society", 3 et s.

⁴ Gosset (1957), "Corporate Citizenship": "The modern stock corporation is a social and economic institution that touches every aspect of our lives; in many ways it is an institutionalized expression of our way of life. During the past 50 years, industry in corporate form has moved from the periphery to the very center of our social and economic existence. Indeed, it is not inaccurate to say that we live in a corporate society" (157). Voir Chayes (1959), "The Modern Corporation and the Rule of Law", 25.

⁵ "The limited liability corporation is the greatest single discovery of the modern times. Even steam and electricity are less important than the limited liability corporation", N. Butler, cité par Diamond/Ornhial (1982), "Limited liability and the Corporation", 42.

société anonyme - avec les potentialités concentrationnistes du pouvoir financier et économique qui lui sont propres - pouvait effectivement mettre sur pied⁶. Technique juridique d'organisation de l'activité économique des entreprises⁷, on pourrait même dire que la société par actions était ainsi, dès son début, comme prédestinée à jouer un tel rôle dans la formation et dans l'évolution du système économique alors en formation, et qu'elle est devenue la plus importante des institutions juridiques du Capitalisme Moderne: "it provides the formal legal structure necessary to the operation of the capitalist system" (Hadden)⁸.

Toutefois, la Société Anonyme n'a pas toujours jouée ce rôle de la même façon, et la fonction économique qu'elle accomplit n'a pas toujours été envisagée de la même manière.

§1 La Vision Atomisée Classique de la Société Anonyme et Ses Postulats Économiques et Politiques-Juridiques

Pendant longtemps on a regardé la société comme une entité isolée, comme une individualité économiquement et juridiquement autonome, fermée sur soi-même. Cette vision atomisée de la société a ses principales racines, d'une part, dans la *pensée économique néoclassique*, et, d'autre part, dans la *pensée politique libérale*.

La première présentait comme postulats du système économique moderne le modèle de la concurrence parfaite et le modèle du marché libre. Cela veut dire que l'univers économique était conçu comme constitué par des acteurs économiques en nombre infini, agissant les uns indépendamment des autres (atomicité), avec une complète information de la composition de l'offre et de la demande (transparence) et avec une totale liberté de circulation dans le marché (liberté d'entrée) - *modèle de la concurrence parfaite*⁹. Cela veut dire encore que le fonctionnement d'une structure économique ainsi conçue était obtenue automatiquement à travers le mécanisme des prix et que le marché aurait donc constitué le moyen unique de coordination de la

⁶ Champaud (1962), "Le pouvoir de concentration de la société par actions", spec.10 et s.; Rodière (1967), "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", 13 et s.; Großfeld (1968), "Aktiengesellschaft, Unternehmenkonzentration und Kleinaktionäre", 5 et s.; Hoffmann (1977), "Gesellschaftsrecht und Konzentration", 14 et s. (avec une incidence particulière dans le concentrationisme du contrôle interne).

⁷ Paillusseau (1967), "La Société Anonyme - technique d'organisation de l'entreprise", 62 et s.

⁸ Hadden (1972), "Company Law and Capitalism", 3.

⁹ Aussi appelé de "modèle Anglia": cfr. Grossman (1973), "Economic Systems", 113.

production et distribution des biens - *modèle de marché libre*. Ainsi envisagé, le système économique apparaît comme un cadre auto-régulé d'actuation d'une multitude de sujets économiques individuels jouissant d'une autonomie absolue les uns par rapports à les autres¹⁰, et l'entreprise - sorte d'atome basique de ce système - est vue comme le lieu théorique où s'optimise la combinaison des facteurs productifs, mue par la recherche de maximisation de ses propres profits¹¹. La pensée politique libérale, elle, émergée du jusnaturalisme du XVI et XVII siècles, véhiculait une idéologie individualiste triomphante qui s'est devenue la responsable la plus directe du postulat de la séparation entre Etat et Société (ou Etat et Economie)¹², sur lequel a été construit le système juridique-positif moderne. Ce postulat est à la base de la "summa divisio" de l'ordre juridique en Droit Public - espace de concrétisation d'une "publica potestas" - et Droit Privé - espace d'action des individus égaux en droits et en obligations. Le système juridique-privé devient une sorte de cadre institutionnel réservé à l'actuation de "selbstmächtigen Person im Rechtssinne" et, donc, à la horizontalisation du "status" économique des individus, complétée par la pensée économique neoclassique, s'en suit maintenant l'horizontalisation de leur statut juridique. En somme, pensée économique et pensée politique-juridique libérales, provenant du même paradigme individualiste, ont forgé une vision cohérente de l'univers économique et juridique comme un *espace constelé de sujets économique-ment et juridiquement indépendants, agissant dans une position de parité et autonomie présumposée*.

Or cette vision atomisée a exercée une influence décisive dans la construction de la figure de la Société Anonyme. Tout le Droit Sociétaire - pour qui "the merchant is still the paradigmatic legal actor" (Raiser, 1985)¹³ - est uniquement adressé à des telles entités autonomes et conçoit donc la société anonyme à l'image d'un sujet juridique-économique indépendant, fermé sur soi-même (organisation corporative) et complètement immunisé contre les influences de son environnement. Pendant la période du capitalisme pré-industriel du siècle XVIII et du début du siècle suivant, cette

¹⁰ "The normal economic system works by itself. For its current operation, it needs no central survey. Over the whole range of human activity and human need, supply is adjusted to demand and production to consumption by a process that is automatic and responsive" (Salter, cit. in Coase (1937), "The nature of the firm", 387).

¹¹ Sur l'influence du modèle neoclassique de la firme dans le Droit, voire infra.

¹² Ott (1977), "Recht und Realität der Unternehmenskorporation", 3.

¹³ Raiser (1985), "The theory of enterprise law", 2, et, avec détail, Raiser (1969), "Das Unternehmen als Organisation", 15 et s.. Dans le même sens, aussi Hadden (1972), "Company Law and Capitalism", 17 et s..

image a peut-être eu un instant de réalité. Les agents économiques étaient plus ou moins distribués isolément et la figure légale la plus répandue était celle de l'entreprise individuelle: "The entrepreneur or businessman was still the key figure: it was he who adventure or undertook the risks of directing production, brought together the capital and the labor required for the work, arranged or engineered its general plan and superintended its minor details (...). The corporate form of organisation as such was thus not subjected to serious analysis by the founding fathers of economics" (Hadden)¹⁴. Et même quand l'entreprise individuelle a progressivement été remplacée par l'entreprise sociétaire (en particulier, par la société par actions), la seconde restait construite à l'image de la précédente: il s'agissait toujours de petits unités économiques, possédées par un ou quelques propriétaires, avec de faibles moyens financiers, une organisation rudimentaire, peu de salariés et des relations commerciales limitées.¹⁵

§2 Le Passage de l' Age Atomisé à l'Ère Moléculaire du Droit des Sociétés

Cette situation devait changer radicalement. L'émergence du Capitalisme Industriel à la fin du XIXème et du début du XXème siècles a introduit un bouleversement total des postulats de la pensée économique et politique libérale et, par ricochet, elle a modifiée assez profondément la vision atomisée de la Société Anonyme.

Le modèle économique de la concurrence parfaite, qui au demeurant "n' a jamais été plus qu'une pure construction logique" (Perroux)¹⁶, a été substitué par un modèle de *concentration*. Le comportement des sujets économiques manifeste une tendance naturelle à la croissance et l'univers économique devient, de plus en plus, le cadre d'un processus de concentration des entreprises, qui ainsi devient "la forme caractéristique de l'organisation économique moderne" (Wirkham)¹⁷. Naturellement ce changement n'est pas allé sans conséquences pour la Société Anonyme - d'ailleurs, en tant que "principal instrument juridique de la concentration économique"

¹⁴ Hadden (1972), op.cit., 19.

¹⁵ Raiser (1985), op.cit., 3.

¹⁶ Perroux (1969), "L'économie du XXème siècle", 7.

¹⁷ Wirkham (1966), "Concentration et Dimension"; Oppetit/Sayag (1981), "Les structures juridiques de l'entreprise", 3.

(Champaud)¹⁸, déjà au cœur de cette évolution subie par les structures économiques -, qui a déterminé une modification fondamentale de sa fonction économique. Dans un premier stade, la concentration industrielle s'est essentiellement traduite par une *concentration interne*, c'est-à-dire, par une augmentation de la taille des entreprises et par une diminution corollaire de leur nombre. Cette croissance est devenue en faisant recours aux ses propres capacités financières des entreprises sociétaires (par exemple, autofinancement, augmentation de capital, émission d'emprunts obligataires convertibles en actions), capacités techniques (par exemple, services propres de recherche et développement) ou capacités commerciales (par exemple, création de réseaux de distribution autonomes), etc¹⁹. Toutefois, cette forme initiale de concentration comportait une double limite, à la fois financière et organisationnelle. D'une part, et en dépit de sa vocation à fonctionner comme une vraie "Kapitalpumpe" (Schmalenbach), la société n'a pas toujours les moyens financiers nécessaires à assurer la continuité de sa seule croissance: "bon gré, mal gré, il faut renoncer à la solitude"²⁰. D'autre part, toute société en expansion finit par atteindre un seuil de développement au-delà duquel se posent des difficiles problèmes d'organisation suscités par son gigantisme (illuminante ici est l'évolution de la U-Form vers la M-Form)²¹. Ainsi, la concentration interne a progressivement donné lieu à une *concentration externe* des sociétés, par laquelle celles-ci cherchent à acquérir le contrôle d'autres entreprises et à se constituer en des Groupes de Sociétés.

D'autre part, le modèle du marché libre tend à aussi été graduellement remplacé par un modèle économique "*hiérarchisé*".

"The traditional firm was a **single unit enterprise**, with an individual or small number of owners operating a shop, store, factory, bank or transportation line out a single office. Normally, this type of firm undertook to fulfill only a single economic function, produced or sold a single line of products, and operated in one geographic area. Before the rise of modern firm, the activities of these small, personally owned and managed enterprises were coordinated and monitored primarily by market and prices mechanisms. The modern **multiunit enterprise**, in contrast, has to operated in different locations, often carrying out a number of

¹⁸Champaud (1966), "Le pouvoir de concentration de la société par actions", 10. Aussi Wiethölter (1961), "Interessen und Organization der Aktiengesellschaft": "Ausgangspunkt der Machtkonzentration" (2); Großfeld (1968), op.cit.: "Die Aktiengesellschaft ist der rechtliche Ausgangspunkt von Machtzusammenballungen" (5).

¹⁹ Verdier (1961), "Droit des sociétés et concentration économique", 216 et s.

²⁰ Coutin/Hovasse (1971), "L'autonomie patrimoniale des sociétés - réflexions sur l'opportunité de l'organisation juridique des groupes de sociétés", 197. Sur la fonction typique de la société anonyme comme instrument financier, Kutzemberg (1964), "Mitbestimmung der Aktionäre", 20 et s.

²¹ Williamson (1986), "The Modern Corporation", 147 et s.; voir aussi Penroase (1980), "The Theory of the Growth of the Firm", 161ss.

economic activities and producing or selling several lines of goods and services. The operation of its units and the transactions among them have been internalized within the firm. The activities of these units have come to be monitored and coordinated by decisions of salaried managers rather than by market mechanisms" (Chandler, 1981).²²

Dans la "compétition institutionnelle" entre ces mécanismes alternatifs fondamentaux de coordination de l'activité économique, marché et organisation hiérarchique (Daemz, 1981)²³, la seconde gagne un avantage toujours plus croissant. La main invisible d'un marché ouvert et concurrentiel est remplacée par la main visible de puissantes organisations économiques hiérarchiquement structurées qui, à travers des réseaux de liaison et de contrôle très complexes, éliminent en leur propre faveur les aléas du marché et coordonnent vraiment l'activité de production des unités intégrées²⁴. Ces organisations économiques, plutôt que lieu théorique du jeu des règles du marché libre, s'autonomisent de plus en plus par rapport à ce dernier et se donnent même (par la maîtrise de l'incertitude de leur environnement grâce aux techniques de contrôle inter-entreprises²⁵) les moyens de le contrôler. Le groupe économique, comme "acteur central de notre système économique" (Bauer/Cohen, 1981)²⁶, prend la place auparavant occupée par le marché et passe de la périphérie au centre de la vie économique²⁷. Une fois de plus, la vision classique de la Société Anonyme se révèle inadaptée aux réalités économiques, qui alors l'ont toujours transformée en un simple instrument juridique de l'organisation de structures économiques qui la dépassent et qui l'englobent: "l'entreprise traditionnelle productrice des biens homogènes, servant une demande existante et dirigée par un patron propriétaire, se mue

²² Chandler (1981), "Managerial Hierarquies", 11; idem(1984), "The emergence of managerial capitalism", 437 et s.; idem (1977), "The Visible Hand - the managerial revolution in american business", 3 et s.

²³ Daemz (1981), "The rise of the Modern Industrial Enterprise", 205.

²⁴ Chandler (1977), "The Visible Hand - the managerial revolution in American Business", 315. Aussi Williamson (1981): "The modern corporation has progressively supplanted functions previously assigned to markets. Internal organisation and planning are now purportedly supreme" ("Emergence of the visible hand: implications for industrial organisation", 193); et aussi la théorie de la "technostructure" développée par Galbraith (1974), "The New Industrial State".

²⁵ Pour une typologie de ces techniques, Lyon-Caen (1977), "Les manifestations juridiques du contrôle multinational", 80 et s.

²⁶ Bauer/Cohen (1981), "Qui Gouverne les Groupes Industriels?", 236.

²⁷ Cela correspond à un échange fondamental des positions relatives de l'entreprise et du marché: la première n'est plus la variable soumise aux règles imposées par la seconde, mais bien au contraire c'est l'entreprise qui devient la déterminante de la physionomie et de la structure du marché (par exemple, l'affaire "Continental Can", auquel la entreprise elle-même a transformée la propre structure du marché). Cfr. Jacquemin (1987), "Industrial Organisation", présentation en janvier 87 à l'IUE.

alors progressivement en une filiale d'un groupe industriel multiactivité, multinational, multidivisionnel et multifonctionnel"²⁸. Le résultat commun de ce bouleversement des postulats néo-classiques du système économique (substitution du modèle de la libre concurrence par celui de la concentration et substitution du modèle du marché par celui de la organisation hiérarchique) a consisté en un changement radical de la position de la Société Anonyme, qui est ainsi passée de la situation d'entité économiquement indépendante et autonome à celle de mécanisme juridique de constitution des groupes économiques.²⁹

"Today the marketable share company no longer stands in the firmament like an independent fixed star; it is, rather, merely one component in a galaxy of heavenly bodies" (Immenga, 1985)

§3 Le Groupe de Sociétés, Acteur Central sur le Plan National et International

Ce passage des sociétés de l'âge atomisé à l'ère moléculaire (Rodière)³⁰ ne traduit pas seulement un changement radical dans la fonction économique traditionnellement attribuée à la Société Anonyme. Elle signifie aussi une révolution dans la vision juridique de cette institution. La physionomie contemporaine de la pratique sociétaire n'est plus celle de la société individuelle, mais vraiment de groupes sociétaires. *Le Groupe de Sociétés constitue à présent le paradigme réel du système économique-sociétaire moderne, tant au plan international qu'au plan national.*

Quelques chiffres récents sur l'impact des groupements sociétaires confortent aisément cette affirmation. Dès lors, des recherches empiriques menées dans le contexte des principaux *systèmes économiques nationaux* ont mis unanimement mettre en relief la place centrale occupée par les groupes.

Aux *Etats-Unis*, des études successives ont montré l'essor extraordinaire du phénomène dans tous les grands secteurs de l'industrie

²⁸ Bauer/Cohen (1981), op.cit., 28.

²⁹ "The vision echoing Adam Smith of an atomistic society no longer seems relevant to a corporate univers" (Mason, "The Corporation in Modern Society", 7).

³⁰ Rodière (1970), "La protection des minorités dans les groupes de sociétés", 243.

américaine (Eisenberg, 1976; Herman, 1981); Blair/Lanzellotti, 1981)³¹. S'il est vrai que cette tendance des firmes américaines vers leur progressive concentration a été très tôt soulignée (rappelons ici le débat classique sur la "aggregate concentration", initié avec "Berle/Means'200 largest corporations"³²), le processus semble maintenant avoir reçu un nouveau souffle. Dans une économie comprenant environ 2 millions de sociétés commerciales, les 100 groupes industriels les plus puissants emploient 26% du total des salariés, possèdent 43% du chiffre d'affaires global et rassemblent, d'eux seuls, presque 50% de la totalité des actifs patrimoniaux de l'industrie américaine³³. De plus, alors qu'au début du siècle cette centaine de groupes ne contrôlait que 50 filiales étrangères, en 1975 les mêmes groupes possédaient déjà plus de 11.000 d'autres sociétés répandues à travers le monde (v.g., Mobil Oil avec ses 500 filiales)³⁴. On peut constater une manifestation extrême de l'impact du phénomène dans l'émergence de ce qu'on appelle les "megasubsidiaries", sorte de holding à caractère spécifique³⁵, qui sont devenues la forme prédominante d'organisation économique dans plusieurs branches de l'industrie américaine: à titre d'exemple, 24 des 25 banques d'affaires les plus grandes - qui possèdent à elles seules plus de 60% du total des dépôts financiers du secteur bancaire - sont constituées par des groupes sociétaires organisés ou coordonnés par le biais d'une "megasubsidiary"; et la situation est semblable au sein d'autres secteurs fondamentaux, tels que ceux des communications (les plus grands groupes - AT&T, General Telephone, United Telecommunications, Continental Telephone et Western Union - sont constitués sous forme d'holdings et dominent presque entièrement leur secteur), assurances, institutions financières d'investissement, etc³⁶. À juste titre Blumberg (1983) affirme: "the world of the major american corporate enterprise is a world of corporate groups".³⁷

De même façon, dans les économies européennes le phénomène concentrationniste des groupes est aussi apparu et, malgré le fossé

³¹ Eisenberg (1976), "The Structure of the Corporation - a legal analysis", 277 et s.; Herman (1981), "Corporate Control, Corporate Power", 187 et s.; Blair/ Lanzellotti (1981) "The Conglomerate Concentration", 163 et s.

³² Berle/ Means (1932), "The Modern Corporation and Private Property", 29.

³³ Plus en détail, Blair/ Lanzellotti (1981), op.cit., 170 et Conference Board (1979), "Aggregate Concentration".

³⁴ Voir Blumberg (1986), "The Law of Corporate Groups", IX; idem (1983), 29 et s.

³⁵ Voir Eisenberg (1971), "Megasubsidiaries: the effect of corporate structure on corporate control".

³⁶ Plus en détail, Eisenberg (1971), op.cit., 1580 et s.

³⁷ Blumberg (1983), op.cit., 28. Voir Appendix I.

chronologique souvent signalé entre l'espace économique européen et celui américain (Williamson, 1986)³⁸, il s'est définitivement affirmé dans la décade 1960-1970 comme la plus répandue structure organisationnelle de l'activité économique des entreprises. Ainsi, en *Allemagne*, des enquêtes réalisées par Geßler ont montré qu'environ 70% du nombre total des sociétés allemandes n'étaient plus des sociétés indépendantes mais qu'elles étaient devenues membres de groupes de sociétés³⁹, parfois grâce à des liaisons de nature contractuelle⁴⁰; et c'est à des résultats semblables que sont arrivés, dans leurs respectifs champs de recherche, Arndt (1968), Großfeld (1968), Huechting (1972), Bornscheir (1976), Kaufer (1977) et "Die Aktiengesellschaft" (1979)⁴¹. En *France*, l'image de la grandeur et de la croissance du pouvoir des groupes sociétaires a été récemment confirmée par les rapports publiés par le Centre de Recherche et Etudes du Droit des Affaires ("Les Groupes de Sociétés", 1975) sur la base d'une enquête sur les 32 groupements français les plus importants. Groupes industriels tels que Saint-Gobain-Pont-à-Mousson (SGPM), Pêchiney-Ugine-Kuhlmann (PUK) ou la Banque de Paris et Pays-Bas (BPPB) constituent des structures organisationnelles-économiques qui englobent environ 400 sociétés⁴². Le poids de ces structures sur l'économie générale française est remarquable: à eux seuls les plus grands groupes industriels (possédant 500 ou plusieurs salariés) réalisent presque 50% du chiffre global d'affaires et sont responsables de 60% du montant des investissements, de 40% de l'emploi et de 80% à 100% de la production dans l'ensemble de l'industrie de ce pays⁴³. En *Angleterre*, la situation est toute à fait identique puisqu'ici aussi "it is a common place that in course of present century british industry has witnessed a transformation from a disaggregated structure of predominantly small competing firms to a concentrated structure dominated by large and often monopolistic corpo-

³⁸ Ce fossé est spécialement visible dans la plus tardive transformation organisationnelle des entreprises européennes vis-à-vis leurs congénères américaines, en ce qui concerne le changement de leurs structures de la U-Form vers la M-Form (Williamson (1986), op.cit., 153).

³⁹ Gessler (1965), BB, 677 et s., referé par Bälz (1986), "Groups of Companies - the german approach", 8.

⁴⁰ Wiedemann (1982), *The German Law of Affiliated Enterprises*, 29.

⁴¹ Arndt (1968), "Konzentration in der Wirtschaft"; Großfeld (1968), "Aktiengesellschaft, Kleinaktionäre und Konzentration", 8; Huechting (1972), "Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag", 2; Bornscheir (1976), "Wachstum, Konzentration und Multinationalisierung von Industrieunternehmen", 204; Kaufer (1977), "Konzentration und Fusionkontrolle", 33.

⁴² CREDA (1975), "Les groupes de sociétés - une politique législative", 13 et s. (v. les tableaux p. 343). Vide l'organigramme du réseaux de participations financières des groupes PSG et CGE dans l'Appendix II et III).

⁴³ Morvan (1972), "La concentration de l'industrie française", 230 et s.

rations" (Hannah, 1976)⁴⁴. Tandis qu'au début du siècle, les 100 groupes les plus puissants de l'industrie manufacturière anglaise contrôlaient 15% de la production (le plus important étant JP Coats, avec 5.5 millions d'actif et 5 mille salariés), en 1975 les mêmes groupes dominaient déjà presque 50% et le plus puissante des groupes, l'ICI (Imperial Chemical Industries) avait un actif patrimonial d'environ 2000 millions de livres et employait 200 mille salariés⁴⁵. On pourrait donc conclure qu'au niveau des systèmes économiques nationaux les plus importantes, le phénomène des groupements des entreprises sociétaires est désormais devenu le trait fondamental de la vie économique, et il y a même déjà acquis un caractère de stabilité ("Unternehmenszusammenschlüsse als zyklisches Phänomen": Kaufer, 1977) et une image de puissance vraiment remarquables (TABLE 1).

USA	A	1950	1954	1960	1963	1968	1970	1973
		39.3	43	46.4	47	49.3	48.5	49
UK	B	1949	1953	1958	1963	1968	1970	1973
		21	26	33	38	42	45	
D	C		29.3	32.4	37.4	41	42.2	42.2
		1954	1960	1963	1968	1970	1973	
D	B	33.6	40.1	43.1	47.6	52.7	54.6	

Sources: Blair (1972), Blair/Lanzellotti (1981), Herman (1981), Hannah/Kay (1977), Hart/Clarke (1980), Kaufer (1977), Borschier (1976), Arndt (1968)⁴⁶.

TABLE 1 Evolution macroconcentrationniste des 100 groupes économiques les plus puissants en termes de (A) patrimoine global, (B) chiffre d'affaires et (C) tendance vers la concentration dans le cadre de l'économie américaine (US), anglaise (UK) et allemande (D)

Et si maintenant on abandonne la plan national et si l'on s'interroge sur l'impact du phénomène des Groupes de Sociétés au *plan international* alors les derniers doutes qui pourraient subsister sur l'importance du phénomène seront éliminés. Peut-être est-il déjà un lieu commun rappeler l'essor extraordinaire de la nommée *entreprise multinationale*, de sa puissance et

⁴⁴ Hannah (1976), "The rise of corporate economy", 1.

⁴⁵ Le groupe ICI constitue une consolidation de 4 des cinquantes firmes anglaises les plus importantes (Nobel Industries, Bruner Mond, British Dyestuffs Corporation et United Alkali Company), qui, à leur tour, étaient déjà elles-mêmes des groupes sociétaires dans le secteur de l'industrie chimique (ainsi, p.ex., Nobel Industries embrassait 30 sociétés, BCCorporation contrôlait 75% du chiffre d'affaires de son secteur).

⁴⁶ Pour les *Etats-Unis*, Blair (1972), "Economic concentration - structure, behavior and public policy", 64; Blair/Lanzellotti (1981), "The conglomerate concentration", 163 et s.; Herman (1981), op.cit., 191 et s. Pour l'*Angleterre*, Hannah (1976), op. cit., 215 et s.; Hannah/Kay (1977), op.cit., 1 et s.; Hart/Clarke (1980), op.cit., 27. Pour l'*Allemagne*, Kaufer (1977), op.cit., 33; Borschier (1976), op.cit., 204; Arndt (1968), op.cit., Bd.I.

son influence sur la production et les échanges internationaux, voire même sur l'équilibre de l'économie mondiale en général. Parmi les plus grandes entités économiques du monde, on compte 50 Etats et 50 sociétés multinationales. Le chiffre d'affaires des 8 entreprises multinationales les plus grandes (Exxon, General Motors, Ford, General Electric, IBM, Chrysler, Texaco, Shell) s'élevait en 1971 à 118 milliards de dollars, masse monétaire identique au volume des dépenses globales de 6 Etats-membres de la Communauté Economique (Belgique, Allemagne, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas); et les ventes des groupes les plus puissantes des Etats-Unis, d'Europe et du Japon progressent d'environ 10% par an, taux double en moyenne de celui auquel s'accroît le PNB dans le monde entier⁴⁷ (voire les travaux empiriques de Dunning/ Pearce (1985), "The World's Largest Industrial Enterprises"). Toutefois, une fois soulignée cette image de puissance économique des sociétés multinationales, les auteurs ne s'arrêtent pour remarquer qu'elles ne sont en fin de compte, du point de vue juridique, que de vrais groupes de sociétés, et que leur structure organisationnelle de base correspond toujours aux techniques de groupement et de contrôle de sociétés sur des sociétés.⁴⁸

Il faut dire enfin que l'affirmation du phénomène au niveau international ne relève plus seulement du plan des faits, mais qu'il fait désormais partie de l'image qu'ont d'elles mêmes les instances internationales constituées. En particulier, elle a gagnée un nouveau souffle au cadre de la Communauté Economique Européenne, avec les impératives d'intégration économique qui en sont propres. La Commission de la CEE a expressément mis au point la technique des Groupes de Sociétés en tant qu'instrument juridique principal dans le processus de concentration industrielle et, donc, dans le processus politique-économique conduisant à l'instauration d'un marché commun européen:

"Le regroupement d'entreprises juridiquement autonomes sous une direction unitaire constitue, du point de vue économique, l'instrument le plus important de la coopération entre entreprises dans les pays de haut développement industriel. Cela correspond à la tendance, observable dans ces économies nationales, d'une la formation d'unités toujours plus larges et évite, au demeurant, d'apparaître comme une manifestation de gigantisme (...). Il est donc compréhensible que la

47 BIT (1973), "Les entreprises et la politique sociale", 4. On rappelle parfois de façon significative le cas paradigmatique du groupe General Motors, dont le chiffre d'affaires est, à lui seul, supérieur au PNB de 130 pays (Turner (1971), "Le capital international: les sociétés multinationales", 186).

48 Ainsi, signalant l'équivoque, Goldmann/Francescakis (1977), "L'Entreprise Multinationale face au Droit", 51; Arndt (1977), "Wirtschaftliche Macht"; Aharoni (1972), "On the Definition of Multinational Corporation", 17.

concentration en des groupes soit un instrument essentiel pour créer des unités économiques plus grandes et plus compétitives, lequel devrait donc être mis à la disposition des entreprises du marché commun afin de leur permettre d'effectuer la restructuration et l'adaptation nécessaires à un tel marché.⁴⁹

La direction vers laquelle s'achemait la Commission en 1970 a eu curieusement une valeur prophétique surtout en ce qui concerne sa politique économique future en général, et la diffusion des groupes sociétaires en particulier. Toutes les études statistiques cependant réalisées, à propos de l'importance relative des diverses techniques juridiques-sociétaires qui servent la concentration économique des entreprises dans le cadre communautaire (fusions, scissions, absorptions, ententes, transferts d'actifs, regroupements), n'ont fait que confirmer invariablement le Groupe de Sociétés comme la méthode naturelle, sinon exclusive, à laquelle les firmes ressortissantes des Etats membres ont recours pour achever sa dimension optimale⁵⁰ - ainsi, p.ex., le rapport "Opera Mundi Europa" (1961), le rapport du FAZ, "Kooperation statt Fusion - unternehmerischen Zusammenarbeit in der EWG" (1971), les travaux de Campolongo/ Grisoli (1972), Duesberg (1972), et, enfin, les rapports annuels de la DG4 (TABLE 2).⁵¹

ANNEES	OPERATIONS INTERNATIONALES		
	Fusions	Prises de Participation	Filiales communes
1973	0	568	429
1974	0	411	401
1975	0	382	313
1976	0	369	336

Source: Commission CEE (1978), "7ème Rapport sur la Politique de Concurrence"

TABLE 2 Techniques juridiques-sociétaires de concentration
utilisées par entreprises communautaires (années 73-76)

On peut déjà tirer une première conclusion. Quelle que soit la direction vers laquelle s'étend notre analyse concernant la réalité économique actuelle et quel que soit le niveau choisi (national ou international, y compris celui

⁴⁹ Commission CEE, "Observations préliminaires concernant les travaux d'harmonisation des législations sur les groupes d'entreprises" (doc.548/XIV/71-F). Cfr. avec détail, Iannuzzi (1973), "Considerazioni critiche sulla più recente evoluzione dei lavori della Comunità Europea in tema delle società per azioni e dei gruppi", 633-676.

⁵⁰ Voir l'organigramme des liaisons financières dans la Sidérurgie Européenne (Appendix VI), très éclairant sur l'influence inarrêtable de cette forme organisationnelle-économique qui constitue le Groupe dans le comportement actuel des entreprises, et cela dans tous les principaux secteurs de l'industrie européenne.

⁵¹ Ainsi, en 1972, Grisoli/Campolongo ("Le imprese plurinazionale a vocazione europea", 123 et s.) présentait la technique du groupe comme utilisée en 80% des opérations économiques de concentration communautaire, en fort contraste avec les 1,8% attribué à la fusion. Voir aussi "Europa- 72. Wirtschaftskonzentration in Europa" (1972), 24.

communautaire), nous sommes toujours confrontés avec une transformation nodale de la fonction économique et du comportement des entreprises qui, s'écartant complètement des modèles individualistes traditionnels, montrent une tendance irréversible vers l'effacement progressif des entreprises individuelles au profit de structures organisationnelles-économiques qui les englobent: les Groupes de Sociétés. L'atome cède ainsi sa place à la molécule, celle-ci devenant donc l'acteur central de l'univers économique. Avec cette évolution des structures économiques, c'est aussi le propre paradigme des structures juridiques (maxime, des structures juridiques-sociétaires) qui subit un changement radical: comme souligne Lutter, "la realtà della grande impresa non è più rappresentata, oggi, dall'impresa singola ed autonoma ma dal gruppo; il gruppo ha perciò bisogno di una disciplina jurídica almeno tanto quanto ne ha bisogno la singola società."⁵²

L'acteur central de la réalité sociétaire n'est plus, paradoxalement, la Société Anonyme individuelle mais le Groupe de Sociétés.

CHAPITRE II

LE GROUPE SOCIETAIRE, PHENOMENE JURIDIQUE

"Pour la majorité des systèmes juridiques nationaux, la particularité essentielle du Groupe de Sociétés est son inexistence" (Bolze, 1979).⁵³

L'affirmation provoque un instant de étonnement. En effet, face à l'importance et l'actualité des groupes sociétaires au plan économique comme nous venons de souligner, on pourrait légitimement espérer que le Droit reconnaisse cette importance, notamment à travers de l'établissement d'un régime juridique particulier qui leur soit applicable: en bref, on pourrait légitimement espérer que le Groupe, au-delà du phénomène économique, soit aussi un phénomène juridique.⁵⁴

⁵² Lutter (1981), "Lo sviluppo del diritto dei gruppi in Europa", 659.

⁵³ Bolze (1979), "Groupes de Sociétés et Droit de la Concurrence", 61.

⁵⁴ Bien sûr, le législateur peut toujours opter par la voie de l'omission: "il leur est possible de rester dans cet état confortable où les structures juridiques et réalités économiques sont en

§1 Le Groupe de Sociétés en Face du Droit

Rien de plus trompeur. Le Groupe de Sociétés demeure un phénomène de la pratique des sociétés mais pas encore du Droit des Sociétés. Et on assiste de nos jours, peut-être plus que jamais, à un sentiment d'hésitation de l'ordre juridique tout entier à l'égard du phénomène. Ce sentiment est devenu bien évident dans un état généralisé (1) d'inertie des législateurs, (2) de confusion de la jurisprudence, et (3) de complet désaccord de la doctrine.

1. L'Inertie du Législateur

Effectivement, au *plan législatif*, les groupes restent presque universalement ignorés: de toutes les systèmes juridiques mondiaux seuls quatre jusqu'à présent s'occupent expressément du problème, en prévoyant un régime normatif spécial (Aktiengesetz de 1965 en Allemagne, Loi 6404 de 1976 au Brésil, Code des Sociétés Commerciales de 1986 au Portugal, Code des Sociétés de 1989 en Hongrie)⁵⁵. Cette situation de carence du droit positif en face des groupes⁵⁶, voire même cette indifférence⁵⁷, constitue une lacune soulignée avec insistance dans le contexte des divers ordres juridiques⁵⁸, sans qu'aucun changement ne se dessine. Selon l'avis de la doctrine dominante, cette lacune a été déjà suffisamment comblée par l'existence de "réglementations partielles" (Keutgen, 1973)⁵⁹. Ce type de réglementation se traduit dans la tentative de discipliner la constitution et le fonctionnement des groupes à travers l'application des mécanismes

totale discordance" (Goldmann, 1973, "L'entreprise multinationale en face du droit", 93). Le pari de mon travail c'est justement de démontrer, non seulement qu'une solution d'omission à l'égard des groupes sociétaires perpétue la crise du modèle légal traditionnel du Droit des Sociétés (Partie II), mais aussi qu'une solution positive, par le biais d'un modèle normatif alternatif, n'est ni incompatible ni indésirable à l'égard de l'existence de ceux-là (Partie III).

⁵⁵ §§15-22 et 291-338 AktG de 1965; articles 243-277 Loi n° 6404 de 1976 (cf. Konder Comparato (1978), "Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions", 845 et s.); articles 481°-508° du CCPortugais de 1986.

⁵⁶ Sauvain (1972), "Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés", 44.

⁵⁷ Jadaud (1975), "L'organisation des rapports entre sociétés par un droit spécifique des groupes", 228.

⁵⁸ Ainsi expressément, pour la France, Houin (1982), "Les groupes de sociétés en droit français", 46; pour l'Italie, Abadessa (1983), "I gruppi di società nel diritto italiano", 103; pour la Belgique, Van Ommeslaghe (1973), "Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit belge", 445; pour l'Angleterre, Wooldrige (1981), "Groups of Companies", 17; pour les pays scandinaves, Rodhe (1982), "Groups in Scandinavian Company Law", 143.

⁵⁹ Keutgen (1973), "Le droit des groupes de sociétés dans la CEE", 25 et 97 et s.

classiques du droit des sociétés (tels que, p.ex., l'abus de majorité⁶⁰, l'abus de contrôle patrimoniale⁶¹, la solidarité passive⁶², la société de fait⁶³, etc) et même par l'application du droit en général (cf. la théorie de l'apparence, de la simulation et de l'extension de faillite en France⁶⁴; la théorie du "socio tirano" et de l' "imprenditore occulto" en Italie⁶⁵; la théorie de l' "agency" et "estoppel" en Angleterre⁶⁶, etc). Toutefois, un tel type de solution a un seul défaut: elle relève de l'utopie et, en effet, il n'apporte qu'une "apparence de solution" (Mestmäcker, 1958).⁶⁷

Effectivement, ce qui échappe invariablement au raisonnement de la doctrine dominante dans ce domaine, c'est que des tels mécanismes juridiques-sociétaires traditionnels ont été conçus pour régler la vie d'une société autonome et indépendante et, donc, construits sous le présupposition d'un modèle atomisé de la Société Anonyme. Or nous verrons dans le chapitre suivant comment la spécificité du phénomène des groupes se traduit justement en porter une crise, peut-être sans précédent, sur ce modèle légale classique de société et en introduire un bouleversement des bases dogmatiques fondamentales du droit des sociétés, qui ont devenues ainsi en pure fiction. Prétendre régler un phénomène par les mécanismes qui sont propres au modèle que ce phénomène a précisément mis en cause ne relève pas seulement de l'irréalisme mais renverse déjà la logique même. La direction à suivre va donc dans un sens différent: une véritable organisation juridique des groupes de sociétés ne peut être créée dans le contexte des divers ordres juridiques qu'au moyen d'un cadre normatif d'ensemble qui les régleme d'une façon globale, tout en reconnaissant la spécificité du phénomène. D'ailleurs, cette nécessité d'établir une réglementation légale propre aux groupes a déjà dépassée les

⁶⁰ Germain (1974), "Sociétés dominantes et sociétés dominées", 91 et s.

⁶¹ Coutin (1968), "L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés", 45.

⁶² Sauvain (1972), *op.cit.*, 107 et s.

⁶³ Temple (1975), "Les sociétés de fait".

⁶⁴ Sur la théorie de l'apparence et simulation, Van Haecke (1962), "Les Groupes de Sociétés", 293 et s., et sur celle de la faillite, Coppens (1969), "L'extension de faillite au maître de la société", 185 et s. et Germain (1974), *op.cit.*, 20.

⁶⁵ Sur cette théorie, Bigiavi (1959), "L'imprenditore occulto nelle società di capitali", 166 et s. et Verrucoli (1964), "Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali", 177 et s.

⁶⁶ Une systématisation des différentes théories appliquées dans les pays de la "common law" ("alter ego", "identity", "instrumentality", "agency", et "estoppel") dans les sources citées par Hadari (1973), "The Structure of the Private Multinational Enterprise", 771 et s., et, plus récemment, Fabrizio (1986), "Parent and Subsidiary Relations under US Law - a functional analysis of disregard criteria".

⁶⁷ Aussi Lutter (1981), "Lo sviluppo del diritto dei gruppi in Europa", 657 et (1974), "Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo", 7.

frontières nationales et parfois on voit même proposé la création d'un ordre juridique-international établissant, non seulement un régime juridique-formel réglant les conflits des lois nationales de fond, mais en fait un véritable droit substantiel des groupes de sociétés à l'échelle mondiale ou internationale [Emmerich/Sonnenschein (1977), CREDA (1975), Hirsch (1972), Hadari (1977)]⁶⁸. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit ici que de simples recommandations "de lege ferenda", la réalité législative actuelle étant que, tant au niveau des ordres juridiques nationales que ceux supranationaux, les groupes demeurent "existence avant d'être essence".⁶⁹

2. L'État de Confusion de la Jurisprudence

Donnée cette quasi inexistence de consécration de réglementations légales d'ensemble sur les groupes, on pourrait présumer que c'est alors la jurisprudence qui aurait la tâche de combler cette lacune du législateur. Or la *jurisprudence* des divers ordres juridiques européens n'a jamais jusqu'à présent réussi à le faire. En effet, un aperçu des décisions jurisprudentielles dans ces matières, aussi bref soit-il, suffit à montrer que les cours des différents pays n'ont jamais dressés des critères uniformes et stables qui puissent constituer la base d'un véritable droit des groupes établi par voie jurisprudentielle. Bien au contraire, on peut dire que les contradictions fréquentes entre les arrêts et la marge d'insécurité juridique et de discrétionnarité qui les accompagne constituent justement les notes prédominantes dans ce domaine, tout en donnant lieu à ce que, en France, on a déjà pu qualifier de "le régime prétorien des groupes de sociétés" (Jadaud, 1975)⁷⁰, ce qu'en Angleterre on appelle le "haphazard approach that smacks of palm tree justice rather than the application of legal rules" (Gower, 1979)⁷¹, en Italie on décrit comme l'inexistence de "regole

⁶⁸ CREDA (1975), "Les Groupes de Sociétés": "C'est en effet méconnaître largement le phénomène que de prétendre saisir l'essence du groupe sous le seul angle du droit interne" (329 et s., 330); Emmerich/Sonnenschein (1977), "Konzernrecht", 14; Hadari (1977), "The Structure of the Private Multinational Enterprise", 754. Voir encore les propositions de la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire "Barcelona Traction" [B.T. Light & Power Co. (Belgique v. Espagne) dans Rec.C.I.J., 1970, 1 et s.] et celles de la Commission de la CEE sur une directive sur les groupes ("Project Préliminaire de la 9ème Directive sur l'harmonisation des droits des groupes de sociétés", Doc.XI/328/74-1 et 593/75-1 - vide Cerrai (1983), "I gruppi di società nel diritto comunitario", 451 et s., 472).

⁶⁹ Guyon (1980), "Droit des Affaires", 528.

⁷⁰ Jadaud (1975), "La vaine recherche d'une définition du groupe en droit français", 220.

⁷¹ Gower (1979), "Principles of Modern Company Law", 138. Aussi explicite, Prentice (1982), "Groups of Companies: the english experience", 101.

determinate o precise formule generali idonee a spiegare appunto la generalità delle soluzioni date dai giudici" (Galgano, 1984)⁷², ou enfin aux Etats-Unis ce qu'on présente comme une jurisprudence faite de "mists of methaphor" et "colorful terms" (Fabrizius, 1986)⁷³.

Cet état de confusion généralisée de la jurisprudence à l'égard des groupes sociétaires a été suggestivement mis en relief par Blumberg (1983): "(In this field) the legal analysis is a jurisprudence by methafor or epithet. The metaphors are no more than conclusory terms, affording little under standig of the considerations and the policies underlying the courts' results and little help in predicting results in futurs cases. As a result we are faced with hundred of decisions that are irre conciliable and not entirely comprehensible."⁷⁴

3. Le Désaccord de la Doctrine

Enfin, la *doctrine*. Responsable en fin de compte de la découverte du problème, il y a presque un siècle - on l'a trouve décrite l'œuvre de Isay (1910), "Das Recht am Unternehmen", qui pour la première fois présentait le problème des groupes sociétaires -, on peut bien s'étonner du fait qu'elle n'ait pas aujourd'hui encore dépassée l'état du débat, pour ne pas dire du désaccord, sur la nature et la discipline du phénomène. Et on constate même que presque tous les aspects fondamentaux de la problématique des groupes restent encore au niveaux des questions dont on ignore les réponses, l'opinions des auteurs divergeant constamment.

C'est dès lors la question de la nature du régime normatif des groupes qui se pose, c'est-à-dire, le fait de savoir si leur régulation doit être atteinte à travers de la discipline générale du droit des sociétés ou par l'introduction d'une discipline juridique spécifique - "droit vieux" (Guyénot, 1974) versus "droit nouveau" (Immenga, 1985)⁷⁵; "droit de premier objectif" versus "droit de seconde objectif" (Van Ommeslaghe, 1982)⁷⁶; "positive Regelung" versus "negative Regelung" (Slongo, 1980)⁷⁷. Même si on accepte comme hypothèse

⁷² Galgano (1983), "La società per azioni", 124.

⁷³ Fabrizio (1986), "Parent and Subsidiary Relations under US Law", 4 et s.

⁷⁴ Blumberg (1983), "The Law of Corporate Groups" 8, cité par Eastbrook/Fischel (1985), "Limited Liability and Corporations", 89.

⁷⁵ Guyénot (1974), "Les Groupes de Sociétés", 25 et s.; Immenga (1985), "Company Systems and Affiliation", 57.

⁷⁶ Van Ommeslaghe (1966), "Les objectifs d'une organisation des groupes de sociétés en droit comparé", 1023; idem (1983), "Les groupes de sociétés en droit belge", 63 et 71.

⁷⁷ Slongo (1980), "Der Begriff der einheitlichen Leitung", 177.

de travail que l'opinion dominante des auteurs s'oriente vers la seconde solution et donc qu'il est possible d'entrevoir un futur consensus doctrinal sur la nécessité de création un régime juridique spécifique des groupes, on n'écarte pas encore la polémique sur la question des caractéristiques fondamentales d'un tel régime, c'est-à-dire, qu'il faut savoir si le critère central de ce régime doit être le critère direct de l'existence d'une direction économique unitaire factique (fonctionnement automatique ou "ipso facto" du régime: solution proposée dans les statuts de la Société Anonyme Européenne) ou plutôt celui indirect de l'utilisation d'un instrument juridique de constitution du groupe, notamment d'un contrat de contrôle (fonctionnement "ipso voluntas": solution adoptée par la loi allemande et portugaise) - "droit des groupes de droit" versus "droit des groupes de fait" (Oppetit/Sayag, 1973)⁷⁸; "organische konzernverfassung" versus "vertragliche konzernverfassung" (Iannuzzi, 1973; Slongo, 1980; Immenga, 1985; Dabin, 1975)⁷⁹. La polémique continue encore, par ailleurs, sur la question de l'extension du régime juridique des groupes, c'est-à-dire, qu'il faut savoir s'il doit se rapporter, alternativement ou cumulativement, à la constitution et au fonctionnement des groupes (Wiedemann, 1982; Guyon, 1980; Behrens, 1975; Hoffmann, 1977)⁸⁰. Enfin, la dispute doctrinale ne concerne pas seulement ces questions centrales portant sur la nature, le critère et l'extension d'un futur régime normatif des groupes; on constate de surcroît que les auteurs ne s'accordent pas même sur un point de base si décisif que celui de la notion juridique même de groupe de sociétés- "aujourd'hui chacun a la sienne" (Walch, 1972)⁸¹ -, en causant une atmosphère de défaitisme compréhensible:

"Il est illusoire d'espérer la possibilité d'une synthèse faisant apparaître un concept global du groupe de société" (Jadaud, "La vaine recherche d'une définition de groupe en droit français", 227)⁸²

⁷⁸ Oppetit/Sayag (1973), "Methodologie d'un droit des groupes de sociétés", 586.

⁷⁹ Iannuzzi (1973), "Considerazioni critiche sulla più recente evoluzione dei lavori della CEE in tema della società per azioni e dei gruppi", 660; Slongo (1980), op.cit., 154; Dabin (1975), "Les systèmes rigides du type Konzernrecht", 171; avec détail, Immenga (1985), op.cit., 59.

⁸⁰ Wiedemann (1982), "The German Experience with the Affiliated Enterprises", 24; Behrens (1975), "Rechtspolitischen Grundsatzfrage über der Europäische Regelung der Übernahmen-angebote", 433; Guyon (1979), op.cit., 536 et s. et 566 et s.; Hoffmann (1977), "Gesellschaftsrecht und Konzentration", 142 et s. (où on souligne la différence entre le droit allemand - attaché au moment du fonctionnement des groupes déjà existantes - et les restants droits européens - qui prévoient mécanismes propres à la phase de constitution de nouveaux groupes).

⁸¹ Walch (1972), "Analyse de la structure d'un groupe français", 18.

⁸² Dans le même sens, Champaud (1972), "Recherche des critères d'appartenance à un groupe", 28; Guigou (1972), "Project d'une reconnaissance juridique des groupes en droit français", 53; Sauvain (1972), "Droit des sociétés et groupes de sociétés", 44. Dans le sens

§2 Le Groupe, Phénomène Non-Réglé et Non-Réglable?

Après les considérations qui précèdent, on peut légitimement se demander: pourquoi est-ce que le phénomène des groupes sociétaires soulève pour le Droit des Sociétés des difficultés si profondes, à un tel point que ni sur le plan législatif, ni sur celui jurisprudentiel, ou encore doctrinal, le problème n'a jusqu'à présent jamais pu trouver une solution précise? Comment expliquer que les groupes de sociétés, en dépit de leur importance fondamentale en tant que phénomène économique, reste encore ignoré en tant que phénomène juridique?

La thèse centrale du présent travail, prétend justement apporter une réponse à ces interrogations, et peut être ainsi définie: si les groupes de sociétés soulèvent de telles difficultés, c'est parce qu'ils constituent en soi-même un phénomène de la pratique sociétaire qui s'accorde très mal avec les fondements classiques du Droit des Sociétés et, en particulier, avec le concept de Société lui-même. Plus encore: ces difficultés s'expliquent par le fait que les groupes constituent un phénomène qui a suscité une crise globale dans le modèle légal classique de société, tout en opérant une rupture radicale avec les cadres traditionnels de ce droit classique, et en soulevant le problème urgent de la substitution de ce droit-là. L'objectif des pages qui suivent est justement, d'une part, d'essayer de démontrer comment le phénomène des groupes a introduit un bouleversement total dans le modèle légal classique de la société anonyme, en mettant en lumière les contradictions entre la notion traditionnelle de société (et ses bases juridico-dogmatiques essentielles, Contrat et Personnalité Juridique) et la réalité d'une société appartenant à un groupe (PARTIE II); d'une autre part, on essaiera de discerner les raisons sous-jacentes à cet état de contradiction et de suggérer quelques chemins possibles pour leur dépassement et pour la construction d'un futur et nouveau modèle normatif alternatif de société anonyme, adapté aux réalités économiques actuelles (PARTIE III).

contraire, Ommeslaghe (1982), "Le groupes de sociétés en droit belge", 60, qui toutefois ne concrétise ni les critères ni le contenu de la notion proposée.

PARTIE II

LES GROUPES DE SOCIETES ET LE CONCEPT DE SOCIETE: LA CRISE DU MODELE LEGAL CLASSIQUE DE LA SOCIETE ANONYME

CHAPITRE I

LE MODELE LEGAL CLASSIQUE ET SES BASES JURIDICO- DOGMATIQUES: CONTRAT ET PERSONNALITE MORALE

§1 La Formation du Modèle

La Société Anonyme a son histoire et sa formation liée au développement économique de l'ère moderne. La substitution progressive d'une économie de type artisanale et concurrentielle par un capitalisme industriel, advenue avec la première et seconde révolution industrielle, a provoquée la naissance d'un nouveau système économique dont la caractéristique principale consistait en une tendance à la concentration des structures patrimoniales, financières, technologiques et organisatives au sein des entreprises. Une telle transformation du système économique a eu, à son tour, des répercussions importantes sur le système juridique, et à exigé de celui-ci la création de techniques ou d'instruments juridico-normatifs aptes à encadrer les nouvelles formes d'activité des entreprises. Cela explique pourquoi les étroits horizons de l'entreprise individuelle ont été rapidement dépassés et comment est apparu une l'entreprise de type sociétaire et, donc, pourquoi à son tour le système juridique a, lui aussi, subi une évolution allant du droit des commerçants à un droit des sociétés commerciales.

L'institution de la société anonyme apparaît justement dans la ligne de cette évolution conjointe du système économique et juridique aboutissant à la constitution du Droit des Sociétés. Et elle le fait, non seulement comme un type sociétaire parmi d'autres, mais bien comme le "prototype de société" (Galgano, 1984), avec une aptitude unique à institutionnaliser juridiquement les impératifs inhérents à la dynamique concentrationniste propre des entreprises modernes.

La SA est ainsi née, sous la pression des faits économiques, comme réalité juridique. Toutefois, une telle naissance n'a pas eu lieu dans le vide: réclamée dans le plan des faits, il fallait pourtant encore la soutenir au plan du droit. Et pour la construire en tant que figure juridique les législateurs ont

eu unanimement recours à deux des institutions les plus fondamentales de la dogmatique privée: celle du *Contrat* et celle de la *Personnalité Morale*. En effet, d'une part, malgré toutes les particularités qui séparent les différents ordres juridiques-sociétaires nationaux, il est possible de considérer ces deux concepts comme une sorte de dénominateur commun de la figure de la SA au plan du droit comparé des sociétés (Allemagne: §§1 et 2 AktG 1965; France: articles 1832 et 1842 Code Civil; Italie: articles 2247 et 2331 Codice Civile; Angleterre: section 20 Companies Act 1948 et arrêt "Salomon v. Salomon"; etc)⁸³. D'autre part, on constate que, dès de sa formation, l'éternelle toile de fond des disputes doctrinales autour des questions essentielles (portant sur sa nature, organisation et discipline légale), a mis dos à dos les partisans d'une vision contractualiste et ceux d'une vision institutionnaliste de la SA. Or cette querelle n'est que l'expression doctrinale d'une autre tension plus profonde, entre les concepts de contrat et de personnalité morale, qui se disputent la primauté dans l'organisation juridique de la société anonyme⁸⁴ et même dans l'édification de l'unité du droit sociétaire⁸⁵. "Contrat et Institution sont comme le flux et reflux de la mer, ces deux composantes de la société dominant alternativement selon les époques" (Juglart/ Ippolito, 1980).⁸⁶

Cela veut dire, en somme, que la figure de la SA a trouvée sa place dans la plénitude du système juridique-privé à travers le rattachement de sa discipline et du régime légal aux catégories dogmatiques du Contrat et de la Personnalité Morale. Pour mieux comprendre la raison d'être d'un tel procédé, il faut ici rappeler que tous les ordres juridiques-privés modernes - résultantes du mouvement de codification du dernier siècle - ont été construites sur la base d'une méthodologie conceptualiste-formelle ("Begriffjurisprudenz"). Une telle méthodologie, directement responsable de l'expansion du "système pandectiste" comme systématisation générale du droit privé, était caractérisée par une "*reconduction du problème au système*" : c'est-à-dire, par une reconduction des phénomènes sociaux et économiques (essentielement dynamiques) aux structures dogmatiques de l'organigramme romain et pandectiste (Wiaecker, 1983)⁸⁷. Cette méthode de construction du Droit Privé, qui consiste à employer des catégories dogmatiques de la

⁸³ Voir en détail le prochain §2.

⁸⁴ Galgano (1984), "La società per azioni", 61 et s.

⁸⁵ Renaud (1972), "Droit Européen des Sociétés", 0.29 et s.

⁸⁶ Juglart/Ippolito (1980), "Traité de Droit Commercial", II, 363.

⁸⁷ Wiaecker (1983), "Diritto Privato e Società Industriale", 47 et s. et 70 et s.

droit romain comme catégories ontologiques de la propre réalité (dans la fausse présupposition de que tout le fait de la réalité sociale doit être reconduit nécessairement à un concept pré-existant du système), n'a pas manquée d'être suivie au moment où la société anonyme a été juridiquement institutionnalisée, les cadres dogmatiques précisés ci-dessus étant ceux choisis pour la édifier. De cette façon la SA ne gagnait pas seulement sa place dans le contexte des institutions juridiques privés et la source de son légitimation normative en tant que phénomène juridique (Cottino, 1976)⁸⁸, mais surtout elle réussait aussi à atteindre une compatibilité remarquable avec les archétypes individualistes sous-jacents au système privé en général.

Le modèle légal classique de la Société Anonyme a été donc construit sur la base des concepts dogmatiques du Contrat et de la Personnalité Morale. Mais le demeure t'il encore de nos jours?

§2 Les Bases Juridico-Dogmatiques du Modèle Légal Classique

Un aperçu comparatif, même bref qu'il soit, de l'état de la question dans quelques uns des ordres juridico-sociétaires européens les plus importantes suffira ici à répondre affirmativement à cette question.

1. Commençons d'abord par l'institut juridique de la **Personnalité Morale**.

1.1. On pourrait affirmer que l'institut de la PM (*juristische Person, legal person, persona giuridica, pessoa juridica*) constitue, au cadre du Droit Sociétaire Comparé, une sorte de paradigme dogmatique commun.⁸⁹

Dans le *droit français*, il est aujourd'hui commun d'affirmer que la construction du droit sociétaire et de la notion de société relève du modèle de la PM⁹⁰. Il n'en a pas été toujours ainsi, puisque pendant longtemps ce droit

⁸⁸ Cottino (1976), op.cit., 345.

⁸⁹ Sur la relation entre PM et Société, en droit comparé: Ravà (1951), "Le problème de la comparaison et de l'unification du droit des sociétés"; Rotondi (1976), "I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti", vol.5, 159 et s.; Sola Canizares (1960), "La constitution de la société par actions en droit comparé", 5 et s.; Sortais (1975), "La personnalité morale des sociétés", 73 et s.

⁹⁰ Dans ce sens, Hamel/Lagarde (1980), op.cit., II, 59 et s.; Ripert (1980), op.cit., I, 466 et s.; Juglart/Ippolito (1980), op.cit., II, 260 et s.; Guyon (1981), op.cit., 118 et s.; Goré (1977), op.cit., II, 51 et s.; Hémard-Terré-Mabilat (1972), op.cit., I, 135 et s.; Carbonnier (1982), op.cit., 366.; Oppetit/Sayag (1981), op.cit., 51 et s.

n'a connu aucune disposition expresse dans ce domaine. Toutefois, d'une part, la jurisprudence s'est orientée très tôt vers la reconnaissance générale de l'attribution de la PM aux sociétés, d'abord à celles de type commercial seulement et, plus tard aussi, à travers un ensemble d'arrêts célèbres de la Cour de Cassation, aux sociétés civiles elles-mêmes⁹¹. Par ailleurs, bien qu'elle ait concentré son attention sur la question de la nature de la "personne morale" - en hésitant depuis le début du siècle, entre les théories de la fiction, de la réalité, et plus récemment, du patrimoine d'affectation et de la technique d'organisation de l'entreprise, dans un mouvement qu'on a pu déjà qualifier de "dialectique"⁹² -, la doctrine elle-même n'a pas jamais laissée de s'accorder de principe avec la position jurisprudentielle, tout en se limitant à constater les abus qui parfois en découlent et à souligner la relativité et les limites de l'institution. Récemment, le législateur est venu s'occuper expressément du problème et est venu consacrer, dans les deux principales sources du droit sociétaire français, la personnalité morale des sociétés (article 5 de la Loi 4 juillet 1966, article 1842 du Code Civil). S'il est correct d'affirmer qu'avec ça le législateur "ne fait ainsi que consacrer une solution qui existait déjà dans ce droit"⁹³, il n'y a pas non plus de doutes sur la valeur du principe général suivant lequel toutes les sociétés (civiles ou commerciales, de personnes ou de capitaux) constituent des personnes morales - "la règle est aujourd'hui certaine"⁹⁴.

Le droit allemand fait aussi recours à la notion de personnalité morale (juristische Person) pour édifier une bonne partie de son système juridico-sociétaire. Il est vrai que "les personnes morales sont, dans le droit allemand, d'espèces moins nombreuses que dans les systèmes des pays latins"⁹⁵ et

⁹¹ Sur cette évolution jurisprudentielle, cfr. Carbonnier (1982), op.cit., 343, 355; Capitant/Weil/Terré (1976), "Les grands arrêts de la jurisprudence civile", 37 et s.; Juglart/Ippolito (1980), op.cit., II, 263.

⁹² Foyer, "Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français", 115. Sur la théorie de la fiction, dans ses plusieurs variantes: "fiction inutile" (Planiol, "Droit Civil", I, n.3005), "fiction nécessaire" (Lagard, "Propos de commercialiste sur la personnalité morale: réalisme ou réalité?", 429), "technique ordonnée à des fins pratiques" (Hamel, "La personnalité et ses limites", 141); sur la théorie de la réalité, qui d'ailleurs a eu temporairement la préférence de la jurisprudence (notamment, les arrêts de la Cour de Cassation des 28-1-54 et du 17-1-56: voir respectivement JCP, 1954, II, 7978 et JCP 1956, II, 9601), Delos, "La théorie de l'institution - la solution réaliste du problème de la personnalité morale", 120 et s.; Portemer, "Du contrat à l'institution", 586 et s.; Coulumbel, "Le particularisme de la condition des personnes morales", 32 et s.; et enfin, sur la théorie de la "technique d'affectation patrimoniale" (dans la ligne de la "Zweckvermögenstheorie"), Paillusseau (1967), "La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise", spec.62 et s..

⁹³ Juglart/Ippolito (1980), op.cit., 264.

⁹⁴ Foyer (1961), op.cit., 113.

⁹⁵ Drobnig, "Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand", 29.

que, par conséquent, seuls quelques uns des types de sociétés jouissent d'un tel attribut. Cette situation s'explique par deux raisons fondamentales. D'un côté, la structure de ce droit sociétaire repose traditionnellement sur une division des formes sociétaires en corporations ("Körperschaft") et sociétés de personnes ("Personnengesellschaft"), division qui trouve son parallèle, dans le langage juridico-commercial, dans la distinction entre sociétés de capitaux (AG et GmbH) et sociétés commerciales de personnes (OHG et KG)⁹⁶. Or, pour le droit positif allemand, seules les sociétés du premier type possèdent une personnalité juridique - cf. §§ 21-23 BGB, §1 AktG, §13 GmbHG, §17 GenG -, alors que celles du dernier type ne sont que des simples cas de copropriété en main commune, encore appelées "Gesamthandsgemeinschaft". Cela nous conduit déjà à la seconde des raisons annoncées ci-dessus: le droit allemand a créé une institution inconnue des autres ordres juridiques - la "Gesamthand"⁹⁷ - qui est venue donner un cadre dogmatique à des formes sociétaires (comme le cas de la société civile et des sociétés commerciales de personnes) auxquelles la loi avait refusé la concession de la PM. L'insertion juridique sous le terme de main commune ("Gesamthand") correspond à l'existence d'un patrimoine spécial des associés qui appartient à ceux-ci d'une façon commune et indivisible, et qui se distingue nettement de leurs patrimoines individuels. Sorte de forme imparfaite ou "inférieure" d'autonomisation du patrimoine social (par rapport à celle plus parfaite et complète réalisée par la PM)⁹⁸, elle a donc été adoptée pour couvrir certaines formes sociétaires du droit allemand. Ces deux circonstances montrent bien pourquoi ce droit revêt un caractère dualiste, qui se traduit dans la dicotomie "Personnengesellschaft" et "Körperschaft". Toutefois, ce dualisme ne contrarie en rien la place centrale occupée par la notion de PM. Bien au contraire, la doctrine n'a pas jamais cessée de souligner qu'à la dicotomie structurelle ci-dessus citée correspond, au plan des sujets, la division entre "Gesamthand" et "Juristische Person"⁹⁹. Il y a même des auteurs qui considèrent que "la

96 Wiedemann (1980), op.cit., I: "Personengesellschaft und Körperschaft - consortium und universitas, société et association, partnership und corporation - sind Archetypen des Personenverbandes" (89). Aussi Hueck (1983), op.cit., 9 et s.; Kübler (1981), op.cit., 21 et s.; Reinhard (1973), op.cit., 12 et s.; Einsenhardt (1982), op.cit., 6 et s.; Kraft/ Kreutz (1977), op.cit., 20 et s. Au plan du droit comparé, Heenen (1975), op.cit., 8 et s.

97 Sur cet institut, Wiedemann (1980), op.cit., I, 242 et s.; Hueck (1983), op.cit., 19 et s.; Kübler (1981), op.cit., 29 et s.; Reinhardt (1973), op.cit., 17 et s. En particulier, sur le rapport entre la figure de la "Gesamthand" et la PM, Flume (1974), "Gesamthandsgesellschaft und juristische Person", 27 et s.

98 Hueck (1983), op.cit., 23.

99 Toutefois, la règle selon laquelle ce qu'on appelle les groupements de structure corporative (Körperschaft, Verein) sont des personnes morales et, inversement, ceux qui n'ont pas de

vraie distinction" caractéristique du droit sociétaire allemand est celle¹⁰⁰; bien que ne jouissant pas d'une extension d'application identique à celle du droit français, où toute société constitue sans exception une personne morale (système unitariste), la figure de la PM reste cependant un des deux pôles de ce système dualiste et, en tant que telle, une notion centrale de la "subjectivisation" des réalités sociétaires en Allemagne.¹⁰¹

Une situation quelque peu semblable se trouve dans le *droit anglais*. On pourrait penser - vu la position particulière occupée par ce système juridique en général¹⁰², par rapport aux institutions voisines en Europe et par son droit sociétaire en particulier¹⁰³ (par nature indifférent aux efforts de systématisation doctrinale et dogmatique caractéristiques des systèmes de la "Civil Law") - qu'il serait difficile de trouver des paradigmes juridiques qui soient à l'origine de la structure du Droit des Sociétés. Rien de plus faux. D'abord, on doit noter que la figure de la PM (Legal Personality) a toujours été présente dans l'évolution historique de cet ordre juridique, et qu'elle y a joué un rôle important - "the common law had long been familiar with the notion of the corporation, composed of several individuals having a personality in law distinct from that of each of those individuals"

structure personnelle (Gesellschaft "stricto sensu") ne constituent que de simples unités de copropriété en main commun sans le bénéfice d'un tel attribut, est une règle avec des exceptions. Ainsi, l'association avec capacité juridique (nichtstfähige Verein) constitue sans doute, du point de vue de leur structure, un groupement corporatif - et même, par rapport au droit civil allemand, constitue le type principal (Larenz, "Allgemeiner Teil", II, 175), le prototype des corporations (Reinhardt, op.cit., 26) -, et pourtant elle est dépourvue de personnalité morale. Inversement, la société unipersonnelle (Einmannsgesellschaft) et la fondation (rechtsfähige Stiftung) constituent, à l'égard du droit positif, des PM, malgré leur manque notoire de quelque structure corporative. A ce propos, Wiedemann, op.cit., 90.

¹⁰⁰ Ainsi Flume (1972), op.cit., 177 et s., 180; idem (1983), op.cit., I, 88 et s.; dans ce sens, apparemment aussi, Kraft/Kreutz (1977), op.cit., 22. Flume s'oppose à la vision I suivant laquelle la vraie dicotomie refléchissant la structure du droit sociétaire germanique est celle entre Gesellschaft et Verein (sur la dicotomie Hüffer, "Gesellschaft und Verein", spéc.9 et s.) et défend la thèse selon laquelle l'opposition décisive est par contre celle entre Gesamthand et Juristische Person, qui seraient des formes organisationnelles diverses d'un seul phénomène, celui des unités d'action supra-individuelles ("überindividuelle Wirkungseinheit"). Pour une réflexion critique, voir Kübler (1981), op.cit., 27.

¹⁰¹ Dans le sens de l'opinion dominante: Wiedemann (1980), op.cit., 188 et s.; Hueck (1983), op.cit., 7 et 23; Kübler (1981), op.cit., 30 et s.; Reinhardt (1973), op.cit., 18 et s., spéc.26 et s.; Kraft/Kreutz (1977), op.cit., 22; Hopt/Hehl (1982), op.cit., 16; Roth (1980), op.cit., 40. D'ailleurs, l'importance que prend l'institution de la PM est agrandie par la crise de l'institut de la "Gesamthand", provoqué, d'entre autres raisons, par une évolution doctrinale et jurisprudentielle dans le sens d'une reconnaissance d'une capacité limitée aux sociétés de personnes (d'une façon plus ample dans le cas de l'OHG et plus restreinte dans celui de la société civile) et par la difficulté reconnue d'obtenir une unité normative dans l'ensemble des figures englobées par la "Gesamthand". Cfr. Rittner (1973), op.cit., 251 et s., 265.

¹⁰² David/Brierley (1978), "Major Legal Systems in the World Today", 286ss, spéc.308ss.

¹⁰³ Dérivée, entre autres, de l'absence en Angleterre d'un droit codifié des sociétés. Voir Gower (1979), "Principles of Modern Company Law", 8.

(Stein, 1985)¹⁰⁴. On pourrait même dire que l'histoire du droit des sociétés en Angleterre se confond en bonne partie avec l'histoire de la personnalité juridique des groupements d'affaires, de l'octroi ou non de ce statut, de l'extension de son contenu interne ou de son champ d'application externe, des problèmes liés à son attribution (v.g., limitation de responsabilité), etc¹⁰⁵. D'un autre côté, il faut remarquer que le droit actuel repose sur une distinction fondamentale, qui divise les groupements d'affaires ("business associations") en deux catégories, les associations ("partnership") et les sociétés ("corporation"): "a company which is neither a corporation nor a partnership is a thing unknown to the common law"¹⁰⁶. Or justement comme critère de base d'une telle distinction on trouve la notion de PM - alors qu'une "corporation" constitue en elle-même un nouveau sujet de droit vis-à-vis de ses propres membres, la "partnership", par contre, n'est qu'une simple association d'individus dépourvue d'un tel autonomie¹⁰⁷. En effet, d'une part, la "corporation" se présente juridiquement - depuis le célèbre arrêt *Salomon v. Salomon*¹⁰⁸ - comme une entité autonome jouissant d'une personnalité propre distincte de celle de ses associés; de là découle toute une série d'effets, dégagés par la jurisprudence anglaise et dont l'ensemble fournit la discipline même de ce type sociétaire, notamment, la responsabilité patrimoniale limitée des associés¹⁰⁹, la capacité juridique active (p.ex., titularité de droits de propriété)¹¹⁰ et passive (p.ex., ester en justice)¹¹¹, sa

¹⁰⁴ Stein (1985), "Nineteenth century english company law and theories of legal personality", 503.

¹⁰⁵ Gower (1979), op.cit., 22 et s., spec.25; Pennington (1979), "Company Law", 163 et s.; Farrar (1985), "Company Law", 13 et s.; Stein (1985), op.cit., 504 et s.; Hadden (1972), "Company Law and Capitalism", 4 et s., qui justement souligne que le concept de personnalité morale (corporate personality), emprunté à la corporation du moyen âge a été la principale contribution des juristes au développement historique des sociétés, puisqu'elle représentait "a workable form of organisation, through which the new capitalism could be operated" (22).

¹⁰⁶ Lindley, "Law of Companies", 2. Sur cette dicotomie fondamentale, Gower (1979), op.cit., 5; Pennington, op.cit., 3 et s.; en particulier, Smith/Keenan (1981), "Company Law", 12 et s..

¹⁰⁷ Hadden (1972), op.cit.: "The essential difference between a partnership and a registered company in modern law is the statutory provision of corporate personality" (31).

¹⁰⁸ *Salomon v. Salomon & Co.Ltd.* (1987) AC22, HL. Sur cet arrêt classique de la jurisprudence sociétaire anglaise - dont on a déjà pu écrire qu'il est même nécessaire à la compréhension de cette branche du droit (Pennington, op.cit., 39) - voir Gower (1979), op.cit., 97 et s.; Sealy (1978), "Company Law and Commercial Reality", 20 et s.; Topham/Ivamy's (1978), "Company Law", 8 et s.; Farrar (1985), op.cit., 54 et s.

¹⁰⁹ *Daimler Co Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co Ltd.* (1916) AC 307; *British Thompson-Houston Co v. Sterling Accessories Ltd.* (1924) 2 Ch 33 (ici les arrêts se rapportant à des cas de responsabilité contractuelle, ne peuvent être cités en justice pas les associés à cause des contrats célébrés par la société).

¹¹⁰ *Macaura v. Northern Co* (1925) AC 619 et s.; *Short v. Treasury Comrs* (1948) AC 534 et s.; *Hood-Barrs v. IRC* (1946), 2 All ER 768 et s.; *Gramophone and Typewriter Ltd. v. Stanley* (1908) 2 KB 89.

durée illimitée¹¹² et son autonomie à l'égard de la personne des membres¹¹³, la représentation des droits des associés par des titres négociables, etc. Tout au contraire, la "partnership" ne représente qu'une association personnelle dépourvue de PM, ce qui signifie en principe que les membres constituent les vrais propriétaires du patrimoine, qu'ils sont personnellement responsables et sans limites par les dettes de la firme, etc. Par conséquent, on peut considérer pacifique dans la doctrine anglaise l'opinion selon laquelle "the foundation on which the theoretical framework of the law (of companies) is based is the conception of the company as a separated legal entity or a person distinct from its shareholders or officers".¹¹⁴

En ce qui concerne le *droit italien* le panorama est tout à fait identique. Il est vrai que, pendant longtemps, ce droit n'a pas connu de normes légales expresses dans ce domaine. Toutefois, l'introduction du Codice Civile de 1942 a créé les bases d'un système de type dualiste où le concept de PM apparaît comme le principe ou critère central de division. La doctrine italienne envisage donc la structure de son droit des sociétés à la base de deux dicotomies fondamentales, dans l'essentiel coextentes¹¹⁵: celle entre "società di persone"-"società di capitali" et celle entre "società senza personalità giuridica"-"società con personalità giuridica". La distinction résulte de quatre préceptes légaux (art.2498 et 2331 du CC; art.19 et 145 du CPC), dont le dénominateur commun est, une fois encore, que celui que nous avons rencontré à propos des autres droits sociétaires européens: la personnalité morale.¹¹⁶

¹¹¹ British Thompson-Houston Co v. S.A.Ltd. (1924) 2 Ch 33.

¹¹² Stepney Corporation v. Ososky (1937) 3 All ER 289; Boulton v. Jones (1857) 2 H.& H. 564.

¹¹³ Encore Macaura v. Northern Ass.Co, ci-dessus cité.

¹¹⁴ Hadden (1972), op.cit., 44. Dans le même sens, entre autres, Gower, op.cit., 97; Pennington, op.cit., 3 et 39; Oliver, op.cit., 1; très convainquant, Pickering (1968), "The Company as a Separated Legal Entity", 481 et s.; Sealy (1984), op.cit., 1; Cain (1972), "Company Law": "this conception of a company as a person separated and distinct from the others persons who are its shareholders and directors is the fundamental principle of Company Law" (7). Justement à cause de cette place centrale concédée par la doctrine anglaise à la notion de "Legal Personality", on a déjà proposé, au lieu de la dicotomie "partnership-company", celle autre qui distingue entre "unincorporated associations"(groupements sans PM: partnership,limited partnership, unincorporated company, syndicated, mutual association) et "corporations" (groupements pourvus de PM: company, public corporation) comme dicotomie-base du droit anglais. Cfr. Tunc (1978), "Le Droit Anglais des Sociétés Anonymes", 20.

¹¹⁵ Galgano (1983), "Le Società", 57. Egalement Cottino (1976), op.cit., qui remarque que la séparation entre société de personnes et de capitaux "passa per il diafragma formale della personalità giuridica" (339).

¹¹⁶ Galgano (1984), "La società per azioni", 105 et s.; idem (1983), op.cit., 57 et s.; Ferri (1976), "Manuale di Diritto Commerciale", 288 et s. et 214 et s.; Ferrara (1975), "Gli imprenditori e la società", 172 et s.; Cottino (1976), op.cit., 339 et s.; Ferri (1971), "Le società", 43 et s. et

On peut déjà faire un bilan. Dans tous les systèmes juridique-sociétaires observés au plan comparatif, l'institution dogmatique de la PM se présente comme le concept de base de leur construction et de leur structure, en vertu du rapport toujours existant entre la notion de Société même et celle de Personne Juridique. Les différences entre ces droits ne concernant que le degré d'intensité d'un tel rapport, variable selon les cas, il est possible à ce sujet de proposer une division fondamentale des systèmes légaux entre des systèmes *maximalistes* et des systèmes *minimalistes*. Pour les premiers, ce rapport est un rapport de complète coïncidence, les deux concepts étant coextensifs: c'est le cas du droit français, où toutes les sociétés ont une PM. Dans les systèmes de type minimaliste, le même rapport revêt une intensité mineure et les deux notions ne se recouvrent que partiellement: c'est le cas des droits allemand, anglais et italien, lesquels - tout en ayant une structure dualiste - n'attribuent la PM qu'à certains types sociétaires (respectivement, aux "Körperschaft", "società di capitali" et "companies"). Dans tous les deux cas, cet institution juridico-dogmatique reste toujours au centre du Droit Comparé des Sociétés, parfois comme principe d'unité (*systèmes maximalistes*), parfois comme critère de division (*systèmes minimalistes*): on a donc pu déjà affirmer à juste titre que "malgré les apparences, le cadre est pratiquement le même dans les pays qui connaissent la distinction: partout, soit qu'elle appartienne au Droit Civil ou au Droit Commercial, la société de droit privé correspond à la même notion de personne morale et se trouve soumise aux mêmes règles fondamentales".¹¹⁷

1.2. Si maintenant on avance un pas de plus, et on passe du champ du droit des sociétés en général à ce type particulier qui est la Société Anonyme, but spécifique de notre recherche, alors derniers doutes qui pourraient demeurer sur l'importance du concept de PM s'effondrent. Sur le plan juridique-positif, tous les législateurs, autant ceux de la Common Law que de la Civil Law, ont reconnu la personnalité juridique aux sociétés par actions: ainsi en disposent expressément, entre autres, le §1 de l' AktG allemand de

391 et s.; Graziani, "Diritto delle società", 44 et s. (avec une position maximaliste aujourd'hui innacceptable). Pour les détails sur le rapport entre le concept de PM et celui de SA, voir Maggiore (1970), "Personalità giuridica e società di capitali", 540 et s.; Pellizzi (1981), "La società persona giuridica", 533 et s.; Ascarelli, "Considerazioni in tema di società e personalità giuridica", 129 et s.; Candian, "Personalità giuridica della società per azioni", 329 et s.; Verrucoli (1964), "Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali", 55 et s., surtout 62.

¹¹⁷ Patry, "Rapport général sur les groupements sans personnalité juridique en droit commercial", 92. De même Renaud, "Droit européen des sociétés", 0.31, qui défend la classification des sociétés d'après le "profil" de leur personnalité juridique.

1965, la section 1 et 13 du Companies Act anglais de 1948, l'article 5° de la Loi 5 juillet 1966 et l'article 2331° Codice Civile italien¹¹⁸. Mais au-delà même de ce niveau de pures consécutions formelles, on se rend compte que sur le plan juridico-doctrinal les juristes sont unanimes pour souligner le caractère "universel"¹¹⁹ du principe selon lequel la SA est fondée sur l'idée de PM, et donc, qu'elles que soient les conceptions qu'on ait de cette idée¹²⁰, qu'elle fournit le paradigme normatif-dogmatique de la nature et discipline de l'entité société. Il suffira ici de souligner très brièvement comment s'est déjà devenu un quasi axiome du droit allemande regarder le concept de PM, non seulement comme facteur responsable du développement des grandes sociétés par actions¹²¹, mais aussi en tant que support de leur "nature juridique"¹²²; or comme les juristes anglosaxons parlent également de "vieux axiome du droit anglais des sociétés"¹²³ à propos de la conception de la "corporation" en tant que sujet juridique autonome et séparé de ses membres (corporate body, legal entity)¹²⁴; et qu'on voit se répéter le même genre d'affirmations dans la doctrine italienne, où il est assuré que l' "elemento comune alle società organizzate su base capitalistica é la personalità giuridica"¹²⁵; or qu'enfin, même dans un système de type maximaliste où on attribue la PM à toutes les sociétés sans exceptions, comme celui français, les auteurs soulignent pourtant le cas spécial de la Société Anonyme, en tant

¹¹⁸ Des consécutions légales identiques peuvent être trouvées dans le droit des Etats-membres de la CEE: Belgique (art.2 Lois coordonnées sur les sociétés commerciales), Espagne (art.6 Ley das sociedades anonimas 1951), Portugal (art.6 Código das Sociedades Comerciais 1986), Luxembourg (art.2 Lois conc. les soc.com.), Hollande (art.37 Wetboek van Koophandel), etc.

¹¹⁹ En particulier Vaneti (1976), "I grandi problemi delle società per azioni nelle legislazioni vigenti", 163; Sola Canizares, op.cit., 9 (n.33) et 160. On dirait que les différences ne commencent que quand on essaye de remplir substantiellement le concept de PM il-même (voir note suivante).

¹²⁰ Cfr. pour un bon aperçu comparatif de ces conceptions à l'égard du droit sociétaire, Bärmann (1970), "Europäische Integration und Gesellschaftrecht", 200 et s.

¹²¹ "Das Rechtsinstitut des juristische Person gibt die Grundlage für die Entwicklung der Modernen Publikums Aktiengesellschaften" (Wiedemann, op.cit., I, 203).

¹²² Entre plusieurs, Hueck (1983), op.cit., 164 et s.; Reinhardt/Schultz (1981), op.cit., 173; Kübler (1981), op.cit., 153; Kraft/Kreutz (1977), op.cit., 187-188; Godin/Wilhelm (1971), "AktG", Bd.1, 6; "Kölner Kommentar zum Aktiengesetz" (1970), Bd.1, 3; Gessler/ Heffermehl/ Eckardt/ Kropff (1973), "Aktiengesetz", Bd., 54; Wurdinger (1973), op.cit., 5 et 14 et s.

¹²³ Schmitoff (1981), "Commercial Law in a changing economic climate", 44.

¹²⁴ Sur ce principe et ses effets, Gower (1984), op.cit., 96 et s.; Pennington, op.cit., 39 et s.; Farrar (1985), op.cit., 54 et s.; Pickering (1968), op.cit., 481 et s.; Henn/Alexander, "Corporations", 145. Sur les exceptions croissantes, Schmitthoff, op.cit., 44; Samuels, "Lifting the veil", 107.

¹²⁵ Ferri (1971), op.cit., 391. Sur la signification du concept vis-à-vis la SA italienne, Ferrara, op.cit., 339 et s.; Galgano (1983), op.cit., 235 et s.; Spaltaza (1972), "Le società per azioni", 86; Fré (1972), "Della società per azioni", 85 et s.; Rossi (1967), "Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa", 41 et s.

que "la plus perfectionnée, la plus puissante mais aussi la plus complexe des personnes morales de droit privé".¹²⁶

2. Voyons maintenant si la même chose peut être dite de l'institution dogmatique du **Contrat**.

Dans le *droit français*, la conception contractualiste a toujours été présente. Déjà le droit primitif soulignait d'une manière particulièrement claire la nature contractuelle de l'acte juridique constitutif de la SA (art.18° Code Commerce), et d'une telle façon qu'on l'a déjà considéré le paradigme des théories contractuelles dans le contexte des droits sociétaires¹²⁷. Tout en poursuivant cette tradition, les normes actuellement en vigueur, en particulier l'article 1832° du Code Civil, définissent la société comme un contrat, c'est-à-dire, comme la consécration d'un accord de volonté entre personnes. De cette disposition légale, ni la jurisprudence ni la doctrine se sont écartées significativement, mais elles ont continué à attribuer au contrat une place centrale dans la construction, la discipline et les effets des diverses formes sociétaires: ainsi, notamment, au plan des conditions de validité (vices de consentement, capacité des parties contractantes, objet et cause contractuelles); au plan de l'application des règles générales du droit des contrats à les vicissitudes de la société (règles d'interprétation des contrats, des nullités contractuelles, des preuves, du droit transitoire); au plan même de la détermination des règles spécifiques du contrat de société (mise en commun des apports, répartition des bénéfices et pertes, existence d'une "affectio societatis")¹²⁸. Et s'il est vrai que les juristes français soulignent aujourd'hui de plus en plus que "certains types sociétaires s'accommodent mal de la nature contractuelle"¹²⁹ et que c'est surtout le cas pour la société anonyme¹³⁰, on continue néanmoins à accorder à la catégorie du contrat une primauté dans la discipline des sociétés, tout en faisant des efforts pour adapter les règles des contrats en général au caractère "sui generis" du contrat de société et aux besoins de la pratique.

¹²⁶ Guyon (1980), op.cit., 241. Aussi Goré (1977), op.cit., II, 239.

¹²⁷ Canizares, op.cit., 49.

¹²⁸ Juglart/Ippolito (1980), op.cit., II, 168 et s., spéc.172 et s. et 178; Hamel/Lagarde (1980), op.cit., II, 17 et s.; Guyon (1981), op.cit., 86 et s.; Goré (1977), op.cit., II, 30 et s.; Hémard-Terré-Mabilat (1982), op.cit., I, 594; Ripert (1981), op.cit., I, 454; Oppetit/Sayag (1982), op.cit., 43 et s..

¹²⁹ Ripert (1982), op.cit., 454. Aussi Portemer, "Du contrat à l'institution", 586 et s.

¹³⁰ Paillusseau (1967), op.cit., 17.

Malgré sa vocation institutionnaliste¹³¹, le *droit allemand* aussi a recours à la notion contractuelle pour caractériser l'acte constitutif de la SA et la déclaration des statuts: ainsi, dans le §2 de l'AktG de 1965, on qualifie ceux-ci de "contrat". La doctrine dominante a toutefois souligné la nature spéciale de ce contrat: en effet, au contraire de celui prévu dans le § 705 BGB, il ne constitue pas un simple contrat juridico-obligationnel mais bien un contrat d'organisation (Organisationsvertrag ou Herrschaftsvertrag), c'est-à-dire, qu'il ne sert pas en première ligne à une finalité d'échange de prestations mais plutôt l'aménagement d'un groupement de personnes poursuivant un fin commun¹³². Le contenu d'un tel contrat serait ainsi la réglementation des relations corporatives (Körperschaftlichen Verhältnisse), notamment l'organisation et l'objet de la société et l'établissement des compétences des organes (Organe), et de la position juridique des membres (Mitglieder)¹³³. D'un autre côté, on voit parfois affirmé le principe de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle comme principe général du droit sociétaire¹³⁴, et on discute la question de leur extension et de leurs limites.¹³⁵

Dans le *droit anglais*, en vertu de sa nature essentiellement jurisprudentielle, nous ne trouvons pas la SA (company) expressément qualifiée au sein d'un code en tant que contrat. Néanmoins, la doctrine n'a jamais cessée d'envisager la constitution de la société comme un contrat - bien qu'il s'agisse d'un contrat "unusual" et d'"obscure type" (Gower)¹³⁶ -, et on peut considérer fermement établies par la jurisprudence certaines maximes qui présentent en définitive la société comme basée sur l'institution contractuelle (c'est le cas, notamment, pour le principe selon lequel le "memorandum" et les "articles" représentent un contrat entre la société elle-même et chacun de ses membres¹³⁷, de même pour le principe de la force exécutoire du contrat entre les membres eux-mêmes¹³⁸).

¹³¹ Renaud (1972), op.cit., 0.30.

¹³² Hueck (1983), op.cit., 27; Teubner, *Alternativ Kommentar zum BGB*, §705 Anm.1, 11; Flume, "Personengesellschaft", 12; Kraft/Kreutz (1977), op.cit., 44; Bälz (1974), "Einheit und Vielheit im Konzern", 109.

¹³³ Würdinger (1973), op.cit., 39 et 90; Wiedemann (1980), op.cit., 159.

¹³⁴ Einsenhardt (1982), op.cit., 11.

¹³⁵ Wiedemann (1980), op.cit., 72; Exner (1984), "Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit", 11.

¹³⁶ Gower (1979), "Modern Company Law", 252 et 256 et s., cité par Bärmann, "Die Willensbildung in den europäischen Aktienrechte", 9.

¹³⁷ Hickman v. Kent ou Romney Marsch Shepbreeders' Association, (1915) 1 Ch 881.

¹³⁸ Rayfield v. Hands (1960) Ch 1; Borland's Trustee v. Steel Brothers and Co Ltd. (1901) Ch 1 279.

Enfin le *droit italien* des sociétés offre peut-être l'exemple le plus frappant et le plus clair de l'étroite liaison entre le concept de société et celui de contrat. En effet, tout en poursuivant une tradition initiée déjà par son droit antérieure, le droit actuel précise clairement dans l'article 2247° du nouveau Codice Civile que la société se constitue comme un contrat auquel "due o piu persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili". Pendant quelque temps, une partie de la doctrine s'est interrogée sur la nature de l'acte constitutif de la SA et a proposée la substitution des visions contractualistes par les théories germaniques de l'acte collectif et de l'acte complexe¹³⁹. Toutefois, ces courants, outre que minoritaires, sont aujourd'hui considérés comme "out of date" (Cottino, 1976)¹⁴⁰ et le débat sur la nature de la constitution sociétaire comme "ormai sopito" (Galgano, 1984)¹⁴¹. On peut donc affirmer que tant la doctrine¹⁴² que la jurisprudence¹⁴³ actuelles s'accordent presque unanimement à reconnaître que le phénomène de la SA vient encadré dogmatiquement dans cet autre contexte plus vaste et plus général des contrats et que, conséquemment, non seulement sa discipline normative résulte en bonne partie de l'application des normes en matière des conventions contractuelles¹⁴⁴ mais aussi la résolution de certaines questions fondamentales de l'organisation sociale viennent ainsi fort déterminée par le paradigme contractualiste adopté.

En résumé: Les institutions de la Personnalité Juridique et du Contrat constituent les bases juridico-dogmatiques fondamentales sur lesquelles repose encore le modèle légal classique de la Société Anonyme: "Le droit des sociétés a conservé jusqu'à nos jours et malgré les réformes récentes un goût certain pour les catégories juridiques classiques" (Berr).¹⁴⁵

¹³⁹ La conception du "Gesamtakt", héritée de Gierke, a été défendue en Italie par Messineo, "La struttura della società e il cosiddetto contratto plurilaterale", 1 et s.

¹⁴⁰ Cottino (1976), op.cit., I, 363.

¹⁴¹ Galgano, op.cit., 77.

¹⁴² Ainsi Auletta, "Il contratto di società", 31; Ferri, "La società come contratto", 6 et s.; Graziani, op.cit., 23 et s.; Ferrara, op.cit., 194; Greco, op.cit., 14; Galgano, op.cit., 2; Fré, op.cit., 9; Cottino, op.cit., 363 et s. Illustratif de cette forte tendance contractualiste constitue d'ailleurs la circonstance de la seule voix discordante (Messineo) avoir inversé partiellement sa position initiale (ainsi Messineo, "Contratto plurilaterale e contratto associativo", 131 et s., 161).

¹⁴³ Vide Buanocore/Castellano/Costi, "Società di persone", 5.

¹⁴⁴ Cfr. Galgano, op.cit., 2, pour l'art. 2247 du Codice Civile.

¹⁴⁵ Berr (1973), "La place de la notion de contrat dans le droit des sociétés", 4.

CHAPITRE II

LA CRISE INTRODUITE PAR LES GROUPES:
REALITE ET FICTION DU MODELE LEGAL CLASSIQUE

Pendant longtemps, le modèle légal classique (MLC) de la Société Anonyme a régi la pratique des sociétés et donc, bien qu'il ait été ça et là objet de modifications ponctuelles, il est resté intact dans ses traits dogmatiques essentiels. L'objectif des pages qui suivent est de démontrer comment l'apparition dans la pratique sociétaire contemporaine du phénomène des Groupes de Sociétés est venu ouvrir une crise totale dans ce modèle préalable, en le rendant à plusieurs titres presque fictive. En effet, si un tel modèle s'est adapté à la réalité de la société individuelle, il se révèle pourtant complètement détaché de la réalité lorsqu'on considère la situation de la société groupée. La vie et le fonctionnement d'une société appartenant à un groupe sociétaire n'a rien à voir avec ce modèle classique ("Idealtypus der Aktiengesellschaft"¹⁴⁶, "société anonyme typique"¹⁴⁷), mais elle se caractérise bien au contraire précisément par un bouleversement de toutes les structures juridiques-positives du MLC, autant dans la perspective de la Société Anonyme-Personne Morale (§1), que dans celle de la Société Anonyme-Contract (§2). On aura des raisons suffisantes, à la fin des observations suivantes, pour se demander ce que le phénomène des groupes a effectivement laissé encore intact dans le modèle classique.

§1 Le Groupe de Sociétés et la Société Anonyme-Personne Morale

1. La Société Anonyme Comme Personne Morale:
Attributs, Substratum, Contenu Légal

Qu'est-ce que signifie dire que la SA constitue une personne morale?

Pour répondre il faut auparavant rappeler ici un autre concept plus vaste sous-jacente: celui de *Personnalité Juridique*. L'institution de la PJ (Rechtspersönlichkeit, legal personality, personalità giuridica) constitue une

¹⁴⁶ Caflish (1961), "Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft", 32.

¹⁴⁷ Sauvain (1972), "Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés", 53.

sorte de meta-institution du système juridique - puisqu'on ne peut concevoir ce système qu'à la condition de présupposer l'existence de centres d'imputation des effets qui découlent du système lui-même, - en traduisant l'aptitude abstraite à fonctionner comme "destinataire" des normes juridiques, à être "sujet de droit". Cette aptitude abstraite, à son tour, s'exprime normativement dans deux types de capacité, qui ainsi fournissent leur contenu matériel propre: d'une part, la *capacité juridique* ("Rechtsfähigkeit", "capacité de jouissance", "capacità giuridica"), qui consiste dans la capacité à être titulaire de droits et obligations, et à être titulaire d'une sphère juridique active et passive autonome; d'autre part, la *capacité d'exercice* ("Handlungsfähigkeit", "capacité d'exercice de droits", "capacità di agire"), qui consiste dans la capacité à gérer personnellement cette sphère juridique propre.

Cette notion et ce contenu matériel-normatif de la PJ ont été construits sur la base du paradigme des personnes physiques. L'apparition progressive des réalités collectives ou organisationnelles a cependant demandé des ordres juridiques un effort d'extension d'une telle qualité à ces réalités et ainsi a-t-on vu naître une nouvelle catégorie de sujets de droit: les personnes morales. Toutefois, tout en reconnaissant la PJ à ces entités, on a pourtant maintenu la notion et contenu de personnalité juridique il-même, sans aucune modification, qui a ainsi été transposée dans le domaine des personnes morales. Cela veut dire que les PM de Droit Privé ont été organisées et disciplinées selon le modèle normatif commun de PJ propre des personnes naturelles¹⁴⁸.

On peut maintenant répondre à la question posée au début de ce chapitre. Dire que la SA est une PM signifie dire qu'elle constitue un sujet juridique autonome, une unité autonome ("selbständige Einheit") avec une personnalité propre distincte de toutes celles des autres sujets qui sont en contact avec elle, v.g., associés, administrateurs, créanciers, salariés. En tant que telle - en tant qu'individualité possédant une PJ propre - elle jouit des attributs normatifs spécifiques qui en découlent, c'est-à-dire, de la capacité juridique et de la capacité d'exercice.

La société anonyme-personne morale (SA-PM) constitue dès lors un sujet ayant *capacité juridique*, c'est-à-dire, un sujet juridique titulaire

¹⁴⁸ Ainsi, pour le cas de la SA-PM, Paillusseau (1967): "La personnalité morale est construite sur le modèle de la personne physique" (op.cit.,23); Callisch (1961): "Historisch gesehen ist die juristische Person bewusst nach dem Vorbild der natürlichen Person geschaffen worden" (cit.,11) ; aussi Juglart/lppolito, op.cit., 261; Bürgi, "Wandlungen im Wesen der juristischen Person", 248.

autonome de droits et de obligations: "Die Aktiengesellschaft besitzt eigene Rechtsfähigkeit. Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens, Schulderin der Gesellschaftsschulden und Trägerin aller Gesellschaftsforderungen und sonstigen Rechten ist die AG als juristische Person" (Würdinger, 1973).¹⁴⁹

Or, condition et substrat d'une telle capacité de la SA-PM est, selon le modèle légal classique, l'existence d'une *Structure Patrimoniale Autonome*. En effet, si cette capacité consiste dans le fait que c'est la société elle-même qui constitue "le centre d'imputation de droits et obligations" (Kübler, 1981)¹⁵⁰, et que cette société est le titulaire autonome des droits et devoirs qui lui sont attribués dans la vie juridique, alors - vu qu'une capacité uniquement active est certainement inconcevable - la SA-PM doit posséder un patrimoine propre qui réponde autonomement des conséquences juridiques de ses actes. La capacité de se lier juridiquement préssuppose l'existence de quelque chose qui puisse répondre des conséquences de son activité juridique: elle suppose un "patrimoine autonome" (Carbonnier, 1982), un "Sonder-Vermögen" (Wiedemann, 1980), une "autonomie patrimoniale" (Galgano, 1984).¹⁵¹

Or, encore, cette autonomisation de la structure patrimoniale de la SA-PM entraîne à son tour de nombreuses conséquences légales, au niveau du statut juridique des divers acteurs qui sont en contact avec elle. Ces conséquences fournissent dans leur ensemble une bonne partie du *régime juridique-positif* actuel des sociétés anonymes:

— d'un côté, une telle structure explique d'abord la position juridique de la *société* elle-même. Cette position est traduite dans un ensemble de règles légales qui peuvent être réconduites à deux principes fondamentaux. D'une part, il y a le principe de l'indépendance absolue du patrimoine actif et passif social à l'égard d'autres centres patrimoniaux (v.g., §§1 I, 54 I AktG;

¹⁴⁹ Würdinger (1973), "Aktien- und Konzernrecht", 5.

¹⁵⁰ Kübler (1981), op.cit., 31 et 151; Hueck (1983), op.cit., 165.

¹⁵¹ Comme un commentateur allemand l'a clairement remarqué, "die selbständigkeit setzt gedanklich voraus, daß wirklich ein "Sonder-Vermögen" gebildet und erhalten ist (...). Durch die Verleihung der Rechtsfähigkeit wird ein organisiertes Sondervermögen selbständiger Träger von Rechten und Pflichten" (Wiedemann (1980), op.cit., 196). La reconduction de la capacité juridique à une idée d'autonomie d'une structure patrimoniale est devenue une constante du modèle légal classique dans toutes les doctrines. Surtout, pour la *France*, Coutin/Hovasse (1971), "L'autonomie patrimoniale des sociétés", 197 et s.; Hamel-Lagarde (1980), op.cit., 59; Ripert (1980), op.cit., 477 et s.; Goré (1977), op.cit., 52; Germain (1974), op.cit., 14; Sauvain (1972), op.cit., 55; Guyon (1980), op.cit., 170; Juglart/lp- polito (1980), op.cit., 261, 277; pour l'*Italie*, Graziani, op.cit., 48 et s.; Cottino (1976), op.cit., 339 et s., 342; Galgano (1983), op.cit., 57 et s., 60; pour l'*Allemagne*, Wiedemann, op.cit., loc.cit.; Würdinger (1973), op.cit., 5; Hueck (1983), op.cit., 23, 165; Kübler (1981), op.cit., 31; Reinhardt/ Schultz (1973), op.cit., loc.cit.

article 529° Code Civil); ce principe - dans lequel on a vu "la plus nette des manifestations de la personnalité morale des sociétés"¹⁵² - exprime donc le cloisonnement de la masse active et passive de la société autant vers l'intérieur (actionnaires) que vers l'extérieur (autres sociétés). D'une autre part, il y a le principe de la formation et conservation du capital social (v.g., §§1 II, 2, 54ss AktG; article 75° Loi 4 juillet 1966); en effet, ce cloisonnement absolu a pour conséquence que la société est la seule responsable des dettes sociales et que la responsabilité des membres est limitée au montant des apports respectifs, ce qui provoque un transfert des risques de activité entrepreneuriale (Unternehmenrisiko) des membres vers les tiers créanciers¹⁵³ - tranfert qui ne peut être évité qu'en prévoyant l'obligation des derniers de constituer une base financière qui garantisse les derniers.¹⁵⁴

— d'un autre côté, la même structure explique aussi, au moins indirectement, la position juridique de tous les autres sujets engagés dans la vie sociale. Dès lors, la position (active et passive) des *actionnaires*. Sa position active est traduite dans un faisceau de droits homogènes (droits aux profits, à la participation sociale, à l'information, à la négociation des titres): en effet, l'existence d'une nette séparation du patrimoine des membres, impliquant une relation d'equidistance de tous par rapport à ce patrimoine, entraîne pour chaque associé la possession d'un ensemble de droits de nature homogène vis-à-vis la corporation¹⁵⁵. Leur position passive: tout en étant la société un sujet absolument indépendant, répondant donc seule par toutes les dettes sociales, les devoirs de ses membres sont limités à l'amont de ses apports (responsabilité limitée)¹⁵⁶. Voyon encore la position juridique des *créanciers*. Leur position active: n'ayant garantie que dans la structure patrimoniale autonome de la société, les créanciers ont un droit de gage exclusif sur le patrimoine social, c'est-à-dire, ils sont les seuls à pouvoir, le cas échéant, s'emparer des biens sociaux pour se payer¹⁵⁷. Leur position passive: la nette séparation des biens sociaux et des biens personnels des

¹⁵² Foyer, "Sens et limites de la personnalité morale des sociétés", 120.

¹⁵³ Ainsi Weiss, "Significato economico della società per azioni", 120.

¹⁵⁴ Schmidt, "Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft", 2, 10ss; Hueck (1983), op.cit., 175.

¹⁵⁵ L'ensemble de ces droits - les "droits corporatifs", droits de socialité, "Mitgliedschaftsrechte", ou encore "droits individuels des actionnaires", c'est-à-dire, les droits des membres de la corporation en tant que tels - expriment la position ou statut juridique de l'associé dans la société, et sont incorporés dans l'"action". Ripert (1980), op.cit., 797 et s.; Guyon (1980), op.cit., 678 et s.; Kübler (1981), op.cit., 180 et s.; Hueck (1983), op.cit., 243 et s..

¹⁵⁶ Sur le bénéfice de la responsabilité limitée, voir Galgano (1983), op.cit., 190 et s..

¹⁵⁷ Goré (1977), op.cit., 53; Ripert (1980), op.cit., 477.

associés, résultant de l'autonomie de la structure patrimoniale sociétaire, entraîne pour les tiers l'impossibilité de toute compensation de crédits (soit compensation entre les créances de la société et les dettes d'un associé, soit inversement)¹⁵⁸. Il y a enfin la propre position des *saliariés* par rapport à cette structure patrimoniale, soit sous l'aspect actif (droits de crédit envers la société), soit sous l'aspect passif (devoir de prestation de travail "dans" la société).

D'autre part, il faut s'interroger sur le second attribut normatif de la personnalité juridique de la SA-PM: sa *capacité d'exercice de droits*, c'est-à-dire, sur la capacité à mettre en mouvement par acte personnel sa propre vie juridique.

Or une telle capacité présuppose, selon le modèle légal classique, l'existence d'une *Structure Organisative Autonome*. En effet, tandis que dans le domaine des personnes physiques la capacité d'exercice constitue la règle (sousmise certes à certaines exceptions: mineurs, interdits, inabilités), dans le domaine des personnes morales, on est confronté à une sorte d'incapacité radicale à exercer "actu proprio" ses droits et obligations. Par la nature même des choses, ces personnes "corpus mysticum" ne peuvent pas actualiser personnellement leur propre sphère juridique, et cela explique le recours à la constitution d'organes spécifiques dans la personne collective, qui la représentent dans ses relations juridiques avec d'autres sujets (organes externes) et qui constituent et expriment la volonté organisationnelle qui présidera à son activité juridique (organes internes): "Die Handlungsfähigkeit für die juristische Person haben deren Organe" (Flume, 1983).¹⁵⁹

Or, finalement, cette structure organisationnelle autonome explique aussi le régime et la *discipline légale* de la société anonyme dans ses aspects les plus fondamentaux:

— une telle structure organisationnelle explique tout d'abord les traits fondamentaux de la *constitution* du groupement corporatif, c'est-à-dire, l'établissement des organes sociaux et de leurs compétences relatives. Dans le modèle légal classique, cette constitution est traduite par une composition hiérarchique de direction de la société, à quatre composantes-clefs: l'assemblée générale ("Hauptversammlung", "assemblea degli azionisti", "general meeting"), organe souverain doté de pouvoirs de décisions structurelles en

¹⁵⁸ Goré (1977), op.cit., 53.

¹⁵⁹ Flume (1983), "Allgemeiner Teil", II, 377; Rittner (1973), op. cit., 216, 220.

vertu de ses fonctions générales de désignation et d'exonération des organes restants, de formation de la volonté sociale générale, et de contrôle de la gestion; les organes de gestion (schéma français CA-PDG; schéma allemand D-CS), qui possèdent des pouvoirs de décisions conjoncturelles sur les affaires courantes de la vie sociale et des pouvoirs de représentation; les organes de contrôle ("Consiglio di Vigilanza", "commissaires aux comptes", auditors), chargés d'assurer la régularité du fonctionnement de la société; et parfois les salariés qui, bien que traditionnellement écartés de la direction et de la gestion de la société et qualifiés comme des simples créanciers, y prennent de plus en plus d'importance.

— une telle structure organisationnelle explique bien aussi les principes-base du *fonctionnement* du groupement et de la vie sociale en général. Dans le modèle légal classique, de tels principes se subdivisent: un principe général commun au fonctionnement de tous les organes s'appliquant à toute leur activité - c'est le bien connu "intérêt social"¹⁶⁰; et des principes spécifiques réglant le fonctionnement particulier de chacun de ces organes - v.g., le principe majoritaire dans l'assemblée générale, le principe d'égalité des actionnaires, le principe de la responsabilité des organes de gestion.

En bref, *la SA-PM constitue, selon le modèle légal classique, un sujet de droit autonome dont la personnalité juridique s'exprime dans une capacité juridique et une capacité d'exercice de droits. Condition préalable et substrat de ces attributs normatives est, respectivement, l'existence d'une structure patrimoniale et d'une structure organisationnelle autonomes*¹⁶¹. Ces deux structures se divisent et se concrétisent, à leur tour, dans toute une série de règles légales qui fournissent les aspects essentiels du régime juridique de la figure de la société anonyme (TABLE 3).

¹⁶⁰ Schapira (1971), "L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme", 957 et s.

¹⁶¹ Ott (1977): "Die Anerkennung als Juristische Person bedeutet für einen Verband vor allem zweierlei: sie macht die betreffende Organisation von Person den Mitglieder und deren Wechsel unabhängig; sie führt zu einer scharfen Trennung des Vermögens der Organisation von dem der Mitglieder" (op.cit., 50).

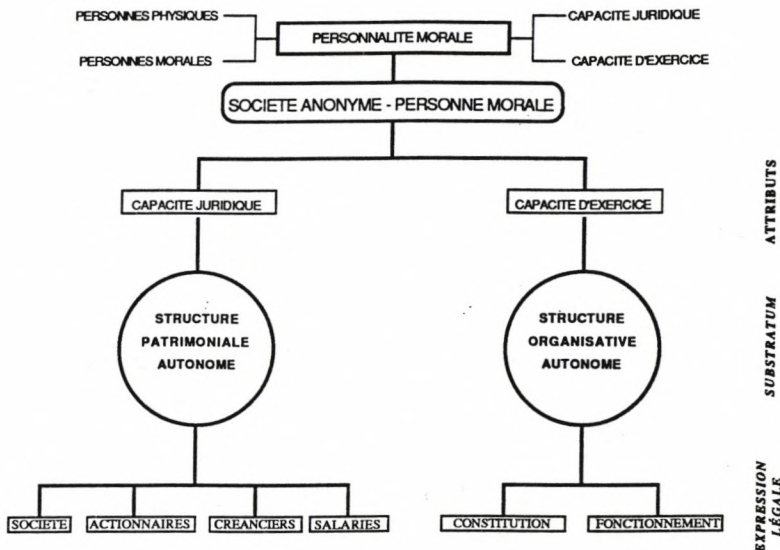


TABLE 3 Le Modèle Légal Classique de la SA-PM

2. Le Bouleversement Introduit par les Groupes de Sociétés

A - Groupe de Sociétés et Structure Patrimoniale de la Société Anonyme

1. L'Eclatement de la Structure Patrimoniale: Autonomie Patrimoniale versus Unité Économique du Groupe

1.1. Le Principe de l'Autonomie Patrimoniale au Sein des Sociétés Indépendantes et des Sociétés Groupées

Dans le cadre de la société anonyme qui, outre qu'un sujet juridique, demeure aussi un sujet économiquement autonome par rapport à son environnement (surtout, vis-à-vis d'autres sociétés), tout en conservant l'indépendance de sa direction économique et le pouvoir d'une définition autonome de sa propre volonté et de ses intérêts sociaux, on peut dire que le principe de l'autonomie de sa structure patrimoniale - principe nodal du droit

sociétaire, dont on a déjà remarqué qu'il a la "profondeur d'un instinct"¹⁶² -, bien que tout le régime légale qui en découle, restait intact. C'est ainsi que, pendant longtemps, surtout durant la période pré-concentrationniste, où chaque société apparaissait comme un atome dans un univers économique poudré de petits agents économiques agissant les uns indépendamment des autres, le cloisonnement patrimoniale n'a soulevé aucune difficulté spéciale. Isolée de l'extérieur, la société administrait sa structure patrimoniale au moyen d'organes indépendants et les abus parfois constatés n'étaient dus qu'au détournement frauduleux des règles sociétaires, qui ne mettaient en cause ni le principe ci-dessus mentionné ni la validité du modèle légal classique de société qu'il supportait.

La apparition de groupes de sociétés, en marquant le passage du droit des sociétés de l'âge atomistique à l'ère moléculaire, est venu bouleverser complètement cette situation et provoquer l'éclatement d'un tel principe: ce qui auparavant n'était qu'une exception, est maintenant devenu la règle.

En effet, il faut rappeler ici avant tout que, au-delà d'un sujet juridique, la SA constitue un sujet économique (entreprise) doté d'une dynamique propre et obéissant à un cycle vital de croissance. Cette croissance est initialement une croissance interne (augmentation de taille); cette forme d'expansion comporte toutefois des limites organisationnelles (lourdeur et inefficacité des structures de management) et financières qui ne laissent à l'entreprise qu'une de ces trois alternatives: arrêter son processus de croissance, se rendre progressivement plus inefficace, ou essayer de changer sa stratégie en ayant recours à une croissance externe. Cette dernière forme de croissance aboutit à l'acquisition du contrôle d'autres entreprises sociétaires déjà existantes ou encore à créer ("build or buy"). D'abord dans le champ étroit de son propre produit ou marché spécifique (intégration horizontale: recherche de monopole). Plus tard, en raison de l'imperfection du marché externe pour les produits intermédiaires dans certaines activités productives multi-phasiques, l'entreprise est incitée à internaliser le propre marché et à coordonner différentes activités économiques interdépendantes liées par la circulation de produits intermédiaires à travers d'un réseau de commande hiérarchique, ce qui la transforme en une organisation complexe contrôlant verticalement diverses sociétés en aval et en amont (intégration verticale: réduction de l'incertitude); enfin, "many firms find that they are unable to maintain their objectives for

¹⁶² Coutin/Hovasse (1971), "L'autonomie patrimoniale des sociétés", 197 et s.

expansion or capitalise on new opportunities, without adding to their original operations new activities which extend the firm into new products and markets. Often these events occurs simultaneously and the firm rapidly comes to adopt diversification moves" (Channon/Jalland, 1979)¹⁶³. Cette stratégie de diversification conduit à l'évolution de l'entreprise vers la coordination d'activités économiques dans des domaines sans rapport mutuel (normalement, structure organisationnelle division-produit), dans des pays divers (structure division-zone géographique) ou une mélange des deux - conglomérat: recherche de l'oligopole.¹⁶⁴

On dirait donc que la logique économique inhérente au cycle de vie et à l'expansion d'une entreprise conduit inévitablement vers son graduel effacement individuel et son regroupement au sein d'unités économiques plus vastes, les groupes sociétaires. Le groupe vient ainsi intégrer la société dans une structure organisationnelle-économique composée de plusieurs entreprises sociétaires qui sont subordonnées à une direction unitaire commune, qui assure la cohésion économique de l'ensemble et qui coordonne l'activité des différentes sociétés composantes à travers la sousmission de leurs politiques économiques particulières à une politique économique générale dressée par le noyau dirigeant du groupe¹⁶⁵. Par conséquent, *les structures patrimoniales des sociétés filiales, n'ayant plus une valeur "a se", ne sont plus administrées par des organes indépendants en vue de la réalisation d'une volonté, d'intérêts et d'objects sociaux propres, mais deviennent de purs éléments économiques interchangeable au sein du groupe, selon l'intérêt de celui-ci comme unité économique.*

1.2. Direction Unitaire et Structure Patrimoniale Autonome

Réduit à ses éléments essentiels, le groupe sociétaire est caractérisé par la soumission des société constituants à une *unité de direction* :

"Of all the essential or possible criteria one might mention, the one that is absolutely crucial and common to every form of multinational enterprise - and correlative with the obvious propensity to have a considerable collection of foreign branches and affiliates - is: *central direction*."

Wallace, 1982

¹⁶³ Channon/Jalland (1979), "Multinational Strategic Planning", 22.

¹⁶⁴ Eichner (1976), "The MegaCorp and Oligopoly", surtout 19 et s.

¹⁶⁵ En règle générale, la société-mère (Headquarter, Konzernspitze, cappo-gruppo), mais pas nécessairement (par exemple., dans les groupes à plusieurs têtes, dans les "Gleichordnungskonzern", dans les groupes où la mère est une "holding").

Cette direction unitaire est responsable de l'existence d'une politique économique commune et générale du groupe ("Corporate Planning Process", "Konzernpolitik") qui, confluant sur les divers aspects sectoriels de son fonctionnement - unité de la politique commerciale, de la politique de recherche et développement, de la politique de production, de la politique de ventes, de la politique de personnel, de la politique financière, de la politique d'investissements, de la politique de gestion - et assumant des degrés d'intégration très différents - centralisation versus décentralisation (Brooke/Remmers, 1978)¹⁶⁶ - exerce une influence décisive sur l'autonomie de la structure patrimoniale des sociétés groupées, dans le sens de leur interperméabilité.¹⁶⁷

A titre d'exemple, et tout en allant de ceux domaines plus souples aux plus contraignantes, on peut citer d'abord l'exercice d'une direction unitaire du groupe au niveau de la *politique commerciale* des sociétés qu'en font partie. S'il est vrai qu'une telle unité de la politique commerciale "est la condition minimale de l'existence d'un groupe" (car sinon on ne se trouverait qu'en présence de sociétés dont les participations financières qui les lient n'aient qu'une simple finalité de rentabilité et d'investissement)¹⁶⁸, il est aussi vrai qu'une tendance vers la centralisation dans ce domaine, notamment du marketing, se manifeste de plus dans ce domaine et produit d'importantes restrictions à l'autonomie économique des filiales¹⁶⁹. Ainsi le groupe possède une image de marque uniforme, parfois mondiale, conditionnant la politique de marque (standardisation du dessin, enseigne, emballage, nom), de ventes (identité des prestations, distribution géographique des marchés) et même indirectement de la propre production de la société groupée (p.ex., imposition de fabrication d'un produit nouveau, pivot d'une action publicitaire qu'un groupe multinational à structure divisionnelle géographique veut entreprendre dans un certain pays). Contrairement à ce qui a été pendant longtemps conviction généralisée¹⁷⁰, la politique de marketing devient un

¹⁶⁶ Brooke/Remmers (1979), "The Strategy of the Multinational Enterprise", 66 et s.

¹⁶⁷ "Le caractère global de la politique suivie par les membres est même considéré comme le critère le plus sûr de l'existence d'un groupe de sociétés (...). D'une manière générale, il se traduit par une coordination de l'activité des filiales et de la société mère en fonction d'une planification préalable et par une fongibilité des patrimoines de chaque membre entre eux." (Bolze, 1979, op.cit., 78).

¹⁶⁸ Boucourechliev (1975), "Compte rendu d'une enquête sur 32 groupes français", 33.

¹⁶⁹ "One result of the move towards a global marketing strategy is a tendency for the autonomy allowed to local subsidiaries in marketing decision-making to be reduced." (Channon, op.cit., 258).

¹⁷⁰ Brooke/Remmers (1978), op.cit., 72.

domaine qui échappe progressivement à l'autonomie de la filiale et qui, grâce à des phénomènes tels que l'internationalisation de la consommation, des mass-media et des possibilités publicitaires, ou la croissante mobilité des consommateurs, devient l'objet d'une décision centralisée. On assiste ainsi à la création de services centraux du groupe, qui ont le monopole de décision sur la prospection des marchés, la publicité, la promotion, les campagnes de ventes et marque, etc, et qui assurent l'élaboration d'une véritable politique commerciale globale.

Toutefois, cette direction commerciale stricte, outre que compatible avec la mantien d'une autonomie économique appréciable des sociétés du groupe, ne conduit pas en principe à des atteintes directes à leurs structures patrimoniales. Une manifestation beaucoup plus contraignante pour cette autonomie consiste dans la coordination des opérations de trésorerie des filiales par leur soumission à une *politique financière* commune. Élément caractéristique d'une direction unitaire, elle mérite ici une mise en évidence particulière, non seulement en raison de son importance vitale pour la survivance du groupe, mais aussi pour l'action dissolvante que normalement elle exerce au niveau de la structure patrimoniale des sociétés groupées.

La centralisation des décisions financières, outre un moyen de contrôle particulièrement important (d'autant plus que certains groupes, ne disposant pas d'un organe spécifique qui assure la coordination des gestions, font accomplir cette fonction par une direction financière unitaire: tout en contrôlant l'emploi des fonds on apprécie la valeur de la gestion), est aussi et surtout devenue un instrument indispensable de son organisation: "Financial policies and practices only become operative when co-ordinated from a position in the organisation that has a overall view of its activities. Needless to say, this seems to be invariably at the head office" (Brooke/Remmers, 1978)¹⁷¹. Cette tendance vers la centralisation de la politique financière au sein des groupes sociétaires, et la disparition corrélative de l'autonomie des sociétés composantes, constitue même un trait inhérent et irréversible du processus d'expansion des groupes¹⁷². Dans une lecture intéressante du rapport existant entre la croissance du groupe sociétaire et la graduelle centralisation des décisions financières entre les mains de la société-mère,

¹⁷¹ Brooke/Remmers (1978), op.cit., 89 et 71.

¹⁷² Aggarwal (1976), "Financial Policies for the Multinational Company", 63 et s.; Robbins/Stobaugh (1974), "Money in the Multinational Enterprise - a study in financial policy", 49 et s. (chap.4: Financing Foreign Affiliates).

Derek Channon a établi un cadre évolutif à trois phases (dont on ne reproduira ici que les deux premières): dans une première phase, où le groupe possède un faible niveau d'activité internationale et de relations commerciales entre ses filiales étrangères, ses divisions financières conservent une grande autonomie, chacune cherchant l'optimalisation de ses performances, indépendamment de leur impact sur l'ensemble du groupe; dans une seconde phase, au fur et à mesure du développement des opérations commerciales intra-groupe (normalement, au sein des groupes multinationaux, entre filiales siégeant dans des pays différentes), les problèmes fiscaux et monétaires liés à ces opérations passent rapidement au premier plan, réclamant une centralisation de la politique financière dans plusieurs secteurs et au moyen de différents mécanismes (gestion du risque de fluctuation monétaire, planification des régimes de fiscalité appropriés, évaluation de l'investissement international, etc), qui conduit à une diminution ou même à la disparition de l'autonomie des filiales dans ce terrain.

On dirait donc que le processus d'expansion d'un groupe sociétaire, tout en entraînant des nécessités croissantes de centralisation de la fonction financière, emporte, dans cette fonction-clé, une diminution de l'autonomie originaire des sociétés qui le composent¹⁷³. Or une telle centralisation a naturellement un impact énorme sur la structure patrimoniale de ces sociétés. La politique de financement d'une filiale cesse d'être le résultat de la décision de ses propres organes et elle reste ainsi pour toutes ses principales sources de financement - financement par émission d'actions, par appel au crédit bancaire, par recours au groupe, et par autofinancement - complètement dépendante de la direction du groupe¹⁷⁴. Le financement par émission d'actions constitue peut-être la source financière la plus utilisée par une société normale: toutefois, au sein d'une société filiale, il devient l'objet de la décision exclusive de la mère, qui l'utilise rarement en raison des risques normalement associés au phénomène de la "multi-cotation". Le financement par appel au crédit bancaire peut être assuré par la filiale, soit en ayant recours à un prêt en monnaie nationale, soit en faisant appel à des ressources externes moyennant un prêt en devises. Dans les deux cas, l'opération d'emprunt est doublement conditionnée: d'une part, elle dépend

¹⁷³ A notre avis, une tendance évolutive parallèle peut être aussi trouvée dans presque tous les autres champs d'activité du groupe.

¹⁷⁴ Voir en détail sur tout ce point, Verdier (1977), "Une illustration du contrôle multinational: la politique financière des entreprises multinationales", 164 et s.; Ricks (1978), "International Dimensions of Corporate Finance", 85 et s.

de l'approbation préalable du "staff" financier central du groupe dès qu'elle dépasse un certain montant et, d'autre part, l'importance des crédits accordés par les banques seront toujours fonction de la réputation dont jouit le groupe lui-même auprès de la "communauté financière"; souvent les filiales sont contraintes de s'adresser à une institution bancaire donnée, qui fonctionne comme la banque du groupe (surtout, au sein des nommés groupes bancaires, comme les "Zaibatsu" japonais)¹⁷⁵. D'ailleurs, le recours des filiales au financement en devises est précisément devenu une pratique assez courante pour la bonne raison qu'il permet indirectement à la mère de bénéficier du marché monétaire international en déjouant les éventuelles restrictions de crédit. Une autre source de financement de la filiale, de plus en plus importante (Ricks, 1978)¹⁷⁶, c'est le groupe lui-même, ce qui déjà en soi-même reflète bien la totale dépendance de la structure économique de la filiale à l'égard des décisions (centralisées) du groupe. La conclusion de contrats entre les membres d'un seul groupe constitue un moyen de prélèvement extrêmement familier dans ce domaine: par exemple, la société dominante conclut avec ses filiales des contrats d'emprunt, ce qui accentue encore la dépendance de celles-ci à l'égard de celle-là puisque, en règle générale, la filiale n'a pas les liquidités suffisantes pour rembourser le crédit si son créancier l'exigeait. Finalement, l'autofinancement même - incorporation des profits réalisés par la filiale elle-même - relève en grande partie de la politique financière globale suivie, car précisément un des avantages majeurs procuré par la centralisation de cette politique est d'achever une "Finanzausgleich" à l'intérieur du groupe¹⁷⁷. Normalement, le degré d'autonomie concédé à la filiale ne permet de lui assurer les conditions minimales nécessaires à la gestion de ses affaires courantes. Même quand exceptionnellement elle détient un pouvoir d'autofinancement à 100%, on remarque très justement que celui-ci "se constate toujours ex post et que

¹⁷⁵ La structure des plus larges groupes japonais (Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo), les nommés "zaibatsu", est axée sur une société centrale liée à une très large banque qui assure le financement global du groupe: voir Vernon/Wells (1976), "Manager in the International Economy", 32; Sasaki (1981), "Management & Industrial Structure in Japan", 10ss, 13; Soto/Hoshino (1984), "The Anatomy of Japanese Business", 123 et s., 164 et s.; aussi avec intérêt Shibata (1987), Financial Times, 7/5, sec.III, VI, sur le groupe Mitsubishi.

¹⁷⁶ Ricks (1978), op.cit., 86.

¹⁷⁷ C'est-à-dire, compenser le déficit enregistré dans une filiale avec le sur-profit obtenu chez d'une autre - d'après Baum, il s'agit d'une des raisons fondamentales de la constitution des groupes (apud Strohm (1977), op.cit., 11).

l'importance de ce dernier apparaît en fin de compte comme le désir de la maison mère de laisser sa filiale autonome."¹⁷⁸

Enfin, dans certains groupes à structure centralisée on peut être confronté avec le développement d'une *politique de gestion* unitaire. Une telle gestion unitaire ("latu sensu") peut s'exprimer, alternativement ou cumulativement, à l'aide d'un contrôle direct ou d'un contrôle indirect de la gestion des sociétés groupées.

Le contrôle indirect est obtenu au moyen soit d'une planification soit d'une surveillance de l'activité économique générale de l'ensemble. La planification à moyen ou long-terme constitue un instrument important pour la croissance du groupe et s'exerce dans des matières telles que l'investissement, la production et la distribution, et politique de financement et des réserves (en particulier, dans les industries "à capital intensif"¹⁷⁹). En général, la planification couvre un horizon temporel de 3 à 5 ans, révisable annuellement ("revolving plan"), et consiste dans les grands objectifs fixés par la direction du groupe, chacune des sociétés devant donc conformer son activité et sa programmation économique au cadre de tels objectifs¹⁸⁰. La surveillance de la gestion des filiales joue aussi un rôle éminent dans des identiques secteurs et se trouve assurée, entre autres mécanismes, par la centralisation de la comptabilité du groupe, qui depuis longtemps est devenue une tâche presque exclusive des services comptables centraux de la mère, qui ne font que rassembler et consolider les bilans partiels élaborés séparément par les filiales. Au-delà de ces formes de contrôle gestionnaire indirect des sociétés du groupe, on pourrait encore souligner celles qui résultent assurément de la centralisation de certaines tâches d'intérêt général auprès de la société-mère ou d'une filiale créée exclusivement à cet effet. Nous avons déjà cité un exemple ci-dessus (services commerciaux, surtout marketing), mais il y en a d'autres. Tout d'abord, les services de développement et recherche (R&D). A une époque où la concurrence entre

¹⁷⁸ Verdier (1977), op. cit., 173.

¹⁷⁹ "There is increasing agreement that, in industries which require high capital investment, centralisation makes sense. This follows for a number of reasons. One is that projects can only go ahead in one or two subsidiaries at a time; another is that smaller subsidiaries will need considerable support in the development of the project. A third reason is that financing to the best advantage will be achieved from the centre. And another important factor is that decentralized developments are likely to result in a greater underused capacity at any one time" (Brooke/Remmers, op. cit., 76).

¹⁸⁰ Dans une enquête réalisée aux Etats-Unis, on a pu conclure que 85% des groupes possédaient une planification triennale (Bursk, "Financial Control of Multinational Operations", 89, cité in Leben (1977), "Les manifestations du contrôle multinational dans la gestion: les centres de profit", 140).

les entreprises s'avère plutôt une concurrence par l'innovation que par les prix, dont la survivance (surtout dans l'industrie à haute technologie) dépend en bonne partie de la maîtrise du savoir-faire nécessaire à la maîtrise de la production, la stratégie et le contrôle des efforts de recherche sont naturellement tenus comme fondamentaux. Pour des raisons soit financières (les énormes coûts de l'investigation au plus haut niveau technologique), soit techniques (les besoins de maniement de certaines technologies entraîne la maîtrise de know-how très dispersé), la filiale n'a plus aucune autonomie dans ce domaine, les fonctions de R&D étant entièrement centralisées auprès de la mère. On comprend aisément que, surtout dans les groupes opérant dans le secteur industriel "high tech", la centralisation de cette tâche accentue extrêmement la dépendance de gestion des sociétés filiales, en même temps qu'elle augmente les moyens de pression et de contrôle de la mère, qui ainsi tient complètement en mains les possibilités d'expansion du reste du groupe¹⁸¹. D'un autre côté, la création de services juridiques du groupe, entraînent la concentration de décisions telles que, p.ex., la conclusion de contrats importants, la protection des droits de propriété industrielle, etc., renforce encore d'ailleurs le contrôle du groupe.

Le contrôle direct traduit une intervention plus ou moins poussée de la direction du groupe au niveau même du fonctionnement de la gestion de la filiale¹⁸², et peut être exercé "a priori" ou "a posteriori". Dans le premier cas, des instructions concrètes émanant du noyau du groupe limitent directement l'autonomie de gestion des filiales. Particulièrement illustrative à ce propos est la pratique consistant à fixer les secteurs d'activité des filiales qui ne relèvent pas de leur autonomie de gestion ("secteurs réservés" ou "ausführungsvorbehalte")¹⁸³. Ou encore la pratique assez répandue qui consiste dans la fixation par la mère d'un plafond maximum au-delà duquel la filiale ne peut pas s'engager sans son approbation préalable ("Genehmigungsvorbehalten") - ce qui signifie que des décisions en matière d'investissements en capitaux fixes, conclusion de contrats importants ou d'emprunts à long-terme, modifications de programmes de production et ventes, ouverture de nouveaux départements, prise de participations sociales, etc., relèvent de la sphère de compétence de la direction du

¹⁸¹ Channon (1979), op. cit., 320; Brooke/Remmers (1978), op.cit., 71 et s.; Buckley/Casson (1976), op.cit., 35 et s..

¹⁸² "Not only vital issues, but a host of day-to-day operational matters may be decided upon at central (or regional) headquarters": Plasschaert (1979), op.cit., 25; aussi Blumberg (1983), "The law of corporate groups", 60.

¹⁸³ Leben (1977), op.cit., 133 et s.; Strohm (1977), op.cit., 132.

groupe¹⁸⁴. Ou, enfin, la pratique, généralisée parmi les groupes américains, de distribution à les administrations de leurs filiales de guides d'instruction et de manuels ("rules book") qui contiennent les limites expresses de leur autonomie gestionnaire et des directives concrètes, parfois très détaillées, sur un grand nombre de situations (plusieurs volumes chez le groupe "General Electric"), en indiquant les standards et les méthodes décisionnelles¹⁸⁵. En somme, selon les cas, les décisions les plus importantes de la gestion du patrimoine et des affaires de la société filiale peuvent sortir de son shère de compétence ou, tous le moins, se voir fortement réduites en raison de l'existence d'une sorte de compétence parallèle de seconde degré exercée par la direction du groupe ("Kompetenzkompetenz"). "Last but not the least", un contrôle direct "a posteriori" peut aussi prendre place, ou bien au moyen de l'obligation des filiales d'élaborer des budgets qui font l'objet d'une analyse par les échellons hiérarchiquement supérieurs du groupe¹⁸⁶, ou bien au moyen de ce que l'on nomme "jugement des performances" (measurement of performances), appréciation globale des taux de rentabilité de la gestion des filiales.¹⁸⁷

Soit sous la forme d'un contrôle indirect, soit sous celle d'un contrôle direct, l'autonomie de gestion de la société appartenant à un groupe est condamnée à subir la menace permanente de sa réduction significative ou même de sa disparition totale. Une telle autonomie peut être ample ou étroite, voire même inexistante: tout ne dépendra, en dernier ressort, que de la stratégie de gestion unitaire dressée par la direction du groupe. "La gestion unitaire peut donc être centralisée ou décentralisée, hiérarchisée ou collégiale; elle peut se manifester par une intervention constante dans les affaires des filiales ou se borner à définir les grandes lignes d'ensemble d'une politique: elle sera toujours présente et se fera toujours sentir pour réprimer les attitudes incompatibles avec l'esprit et les intérêts du groupe, ou simplement, de sa organisation".¹⁸⁸

¹⁸⁴ Sauvain (1972), op.cit., 13.

¹⁸⁵ Brook /Remmers (1978), op.cit., 55 et s., spec. 57.

¹⁸⁶ Sur les "operating budget" et "capital budget", Brooke/ Remmers (1977), op. cit., 91 et s. Aussi Leben (1977): "Plus que toute autre procédure, celle des budgets exprime de façon remarquable l'unité économique du groupe au-delà de la séparation juridique des personnes morales" (op.cit., 141).

¹⁸⁷ Brooke/Remmers (1977), op.cit.,115. On n'a mentionné dans le texte que les formes les plus usuelles de contrôle formel; il convient toutefois de rappeler ici l'importance des contrôles de type informel (idem, 59 et s.).

¹⁸⁸ Sauvain (1972), op.cit., 12; aussi Leben (1977), op. cit.: "(...)la gestion de la filiale peut être très directive ou au contraire très décentralisée. Ce peut être une politique de la société mère que de laisser aux dirigeants locaux un maximum d'initiative pouvant aller même jusqu'à une

1.3. Résumé

En bref, on peut synthétiser nos conclusions de la façon suivante. L'entreprise sociétaire a un cycle vital d'expansion qui l'amène inévitablement à renoncer à la solitude et à s'intégrer au sein de groupes sociétaires. La caractéristique centrale de l'organisation de la vie interne d'un groupe est l'existence d'une *direction unitaire* (*einheitlich Leitung*), responsable de l'établissement d'une politique économique générale commune, qui assure la cohésion et le succès de l'ensemble ("multinational synergy") et qui se manifeste dans une série de politiques sectorielles. La logique *organisative* créée par une telle unité de direction est une logique centrifuge ("view from the top") qui tend à la centralisation des décisions-clés des affaires des filiales auprès des échellons hiérarchiques supérieurs; et la logique *économique* qui l'accompagne cesse d'être celle de leur rentabilité individuelle pour devenir celle de leur contribution pour le succès global du groupe. Il devient secondaire de rechercher ici le degré de centralisation ou d'autonomie dont jouit une filiale jouisse dans les cas concrets, puisque cela varie selon plusieurs facteurs (la structure organisationnelle - holding, international division, global division, matrix -, le domaine fonctionnel considéré - v.g., traditionnellement les fonctions financières et de recherche sont plus fortement centralisées que celles du personnel -, la performance de la filiale, le montant de capital social possédé par la mère).

Ce qui reste toutefois décisif pour notre objectif, c'est de souligner que la soumission de la société à cette nouvelle logique entraîne toujours virtuellement l'éclatement de l'autonomie de sa structure patrimoniale. La vie quotidienne de cette zone de coordination et d'intégration des activités économiques des sociétés liées, qui est créée par le groupe ("konzernzone"), est caractérisée par la perméabilité des structures patrimoniales de ses membres: ici, par ailleurs, un des aspects particuliers du "surplus value" des groupes sociétaires en tant que forme d'organisation de l'activité de l'entreprise. Parmi les patrimoines des sociétés membres d'un groupe sont établis des réseaux de communication semblables à ceux qui existent entre les départements d'une seule société.

concurrence mutuelle. Ceci n'indiquerait nullement l'absence d'une stratégie commune, puisque les entreprises filiales ne feraient qu'assumer le rôle qui leur est fixé par leur mère"(72).

On dirait que la règle de l'autonomie patrimoniale est remplacée par celle de la confusion patrimoniale - "une certaine forme de confusion patrimoniale est inhérente au fonctionnement du groupe"(Sauvain) - et que donc l'émergence des groupes détruit le postulat de l'autonomie de la structure patrimoniale de la société sur lequel repose le modèle légal classique de la société anonyme: "Les groupements à structure sociétaire reposent sur la combinaison de la dépendance économique des patrimoines des sociétés groupées et de leur indépendance juridique. Cette combinaison ruine le fondement même de l'autonomie patrimoniale."¹⁸⁹

2. L'Affectation de la Position Juridique des Divers Acteurs Engagés

Parallèlement à la destruction de la structure patrimoniale autonome (SPA) de la société, l'équilibre des intérêts engagés au tour de cette structure est lui-aussi menacé et, ainsi, la position ou statut juridique des principaux acteurs qui sont en contact elle est irrémédiablement affectée. Une telle affectation est mise en évidence par le dérèglement provoqué par le groupe dans toute une série de dispositions légales déterminantes de ces statuts.

2.1. Position Juridique de la Société

Cette position se traduit par deux principes juridico-positifs fondamentaux, déjà mentionnés: celui de l'indépendance absolue de l'actif et du passif social, et celui de la formation et de la conservation du capital social.¹⁹⁰

Dans un groupe sociétaire, le principe juridique du *cloisonnement absolu de l'actif et du passif de la société* (par exemple, §1, I, AktG) se trouve remplacé par un principe factique d'ouverture aux relations intra-groupe. En effet, nous venons justement de voir ci-dessus comment l'existence d'une direction unitaire est virtuellement à l'origine de la perte de l'autonomie économique et patrimoniale des sociétés groupées. Cette perte d'autonomie se voit concrétisée dans une série presque illimitée de pratiques devenues quotidiennes dans la vie interne des affaires d'un groupe, et qui portent

¹⁸⁹ Champaud (1967), "Les méthodes de groupement des sociétés", 1020.

¹⁹⁰ Cfr. supra pag. 30.

directement atteinte au cloisonnement des actifs et des passifs sociaux: ce sont les transferts d'actifs d'une société du groupe à une autre¹⁹¹, les transferts de capitaux (capital circulant ou réserves)¹⁹², les transferts d'activité¹⁹³, les transferts de personnel ("cadres sans passeport"), les transferts de résultats, etc.

A titre d'exemple, et afin de donner une idée plus précise de l'effet dissolvant du cloisonnement patrimonial déclenché par ces pratiques, on peut mentionner le transfert de bénéfices¹⁹⁴. Ce type de transfert consiste dans l'opération par laquelle les profits réalisés par une société sont, conformément aux directions de la mère, transférés vers une autre société du même groupe. De nombreux contrats sont ainsi conclus entre la mère et ses filiales dans ce but: contrats de licence, par lesquels la première fournit aux dernières des connaissances technologiques à des conditions qu'elle fixe unilatéralement; contrats de prestation de services, d'exclusivité ou de sous-traitance, par lesquels la filiale est tenue de fournir des services à la mère à des prix dérisoires ou de s'approvisionner exclusivement auprès d'autres membres du groupe (donc, à choisir ses co-contratants dans le marché interne du groupe), même quand elle pourrait trouver des conditions d'offre et demande plus favorables hors du groupe; contrats d'emprunt auprès de la société mère, qui créent une dépendance parfois totale de la filiale-débitrice; etc. Au-delà de ces moyens contractuels indirects et cachés de répartition et de redistribution planifiée des bénéfices à l'intérieur du groupe, des transferts occultes de dividendes peuvent être aussi effectués par d'autres moyens, comme, p.ex., le système des prix de cession interne (qui obscurcissent particulièrement la rentabilité individuelle des sociétés)¹⁹⁵, le système des frais communs (v.g., services d'assistance procurés aux filiales à prix coûtant), le système d'attribution des marchés, etc. On ne peut donc pas s'étonner

¹⁹¹ Le transfert d'actifs soit inter-filiales vers la mère ("upstream transfers"), soit vice-versa ("downstream transfers"), est devenu un phénomène extrêmement usuel dans la vie interne des groupes: Fabrizio (1986), op.cit., 147 ("commingling approach", malgré avec un sens plus large que celui ici adopté); Wooldrige (1981), op.cit., 14 et 139 et s.

¹⁹² P.ex., transferts de capitaux à l'occasion d'une cession de titres volontairement sous-évalués ou surévalués. Cfr. Germain (1974), "Sociétés dominantes et sociétés dominées", 7; Boucourechliev (1975), op.cit., 48; Ricks (1978), op.cit.: "Flows of money between a parent and its subsidiaries are nothing new" (85).

¹⁹³ Transferts d'autant plus insidieux que la société mère supplante la filiale dans leur propre secteur d'activité (Germain, op. e loc.cit.).

¹⁹⁴ Rousseau (1972), "Groupes de sociétés et actionnaires externes", 3.

¹⁹⁵ OCDE (1984), "Transfers pricing and multinational enterprises", 7; Plasschaert (1979), op.cit., 3 et s., 29; Lazarus (1977), "Le régime fiscal des prix de transfers", 236 et s. Voir aussi infra p. 48 et s.

qu'on ait déjà pu affirmer que le groupe "vide la société de sa substance" (Sanders) et qu' "il permet d'appliquer entre les patrimoines actif et passif des sociétés qui le composent une traduction financière du principe des vases communicants" (Champaud).¹⁹⁶

Le principe de la *formation et conservation du capital social* - l'autre des expressions légales de la SPA et qui constitue un des principes "où apparaît d'une façon particulièrement claire l'autonomisation de la société anonyme comme personne morale autonome" (Caflisch, 1961)¹⁹⁷ - subit aussi des atteintes permanentes.

D'une part, au principe légal de la constitution du capital social s'oppose la pratique assez connue de la subcapitalisation. Bien qu'existant aussi au sein de sociétés indépendantes, c'est toutefois dans le contexte des groupes - à en juger par la quantité des cas saisis par les cours, où elle est devenue d'ailleurs "the primary touchstone of the disregard concept" (Buxbaum, 1974)¹⁹⁸ - qu'elle trouve une application plus fréquente: "perhaps the single most important factor considered by the courts in disregard cases is whether the subsidiary's business was operated with adequate capitalisation" (Fabrizius, 1986)¹⁹⁹. La constitution de filiales avec un capital insuffisant, outre un mécanisme efficace de renforcement du pouvoir de contrôle de la société mère sur ses filiales, permet aussi le transfert vers les créanciers du risque associé à certaines activités économiques²⁰⁰. Le phénomène de la subcapitalisation présente une acuité particulière dans les systèmes juridiques qui ont recours dans cette matière à des dispositions de type général (tels que celui des USA, où le capital social suffisant est défini comme "the normal and expectable expenses of the business"), mais il n'est pas inconnu même dans le cadre de ceux qui prévoient des limites quantitatives expresses²⁰¹.

D'autre part, le principe de la conservation du capital social - lequel "bildet das Äquivalent die beschränkte Haftung der Aktionäre" (Mestmäcker)²⁰² - se concrétise dans une série de règles légales

¹⁹⁶ Champaud (1966), "Le pouvoir de concentration", op.cit., 275.

¹⁹⁷ Aussi Hueck (1983), pour qui il constitue "un des principes plus importantes du droit des sociétés" (op.cit., 175).

¹⁹⁸ Buxbaum (1974), "The Formation of Marketable Share Companies", 70.

¹⁹⁹ Fabrizio (1986), op.cit., 24; Channon/Jalland (1979): "Overall companies tend to be relatively undercapitalised, to avoid capital levies and reduce political exposure" ("Multinational Strategic Planning", 140).

²⁰⁰ Galgano (1984), op.cit., 8; Caflisch (1961), op.cit., 32.

²⁰¹ P.ex., le système allemande (§ 7 AktG): Wiedemann (1980), op.cit., 224.

²⁰² Mestmäcker (1958), "Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre", 326.

impératives²⁰³ qui perdent souvent leur efficacité au sein des groupes de sociétés. Premièrement, les règles prohibant l'acquisition d'actions propres (p.ex., §§ 71ss AktG, article 2357 CC) sont rendues inutiles par l'usage des participations réciproques qui constitue déjà une pratique courante au sein des "groupes financiers": cette pratique provoque un effet de "nullificazione" du capital social des sociétés liées équivalant à une acquisition d'actions propres (par exemple, une société A souscrit 1 million du capital émis par la société B et celle-ci, à l'aide de ces fonds, souscrit 1 million lors d'une augmentation de capital de A: il n'y a pas qu'un pur jeu d'écriture, le capital étant complètement fictif) et entraîne le danger de "verrouillage" (c'est-à-dire que, si les participations sont d'un montant important, les mêmes personnes peuvent s'auto-perpétuer au contrôle des deux sociétés: la désignation des administrateurs de A est faite par B qui, à son tour, est chargée de celle de A)²⁰⁴. Il est vrai que les législateurs ont essayé de prévenir ces dangers en interdisant les participations réciproques supérieures à un certain pourcentage (10% en France, 25% en Allemagne), mais de telles réglementations ont été rapidement détournées par la pratique des participations circulaires, bien que présentant les mêmes dangers et aboutissant au même résultat, n'est pourtant pas interdite (une société A est filiale de B, elle-même filiale de C et ainsi successivement: TABLE 4).

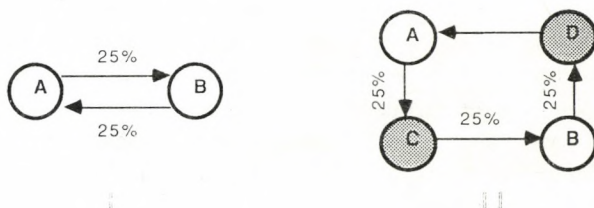


TABLE 4 Participations Réciproques (I) et Circulaires (II)

Puis encore, les règles prohibant la restitution des apports (p.ex., §§ 57,66 AktG) - si fondamentales car de leur respect dépend la mantien de la valeur du capital social - perdent aussi leur sens: la société dominante crée des filiales à 100% dans lesquelles elle procède à une sorte de décapitalisation "a posteriori", puisque le pouvoir de contrôle (factique) inhérent à sa qualité

²⁰³ Kronstein, "Die abhängige juristische Person", 69.

²⁰⁴ Guyon (1980), op. cit., 533.

d'actionnaire exclusif lui permet de procéder à tout moment à leur récupération²⁰⁵. Enfin, les règles interdisant la distribution occulte des dividendes (c'est-à-dire, la distribution des profits sous une autre forme que celle apparaissant du bilan)²⁰⁶ se révèlent complètement inefficaces en raison de la constante manipulation et transfert de bénéfices entre les filiales, généralement dictés par des motifs fiscaux²⁰⁷ (ainsi les statistiques fiscales révèlent l'existence de filiales qui ne réalisent pas aucuns bénéfices financiers d'exercice).

2.2. Position Juridique des Actionnaires

L'éclatement de la structure patrimoniale autonome de la SA-PM, déclenché par le phénomène des groupes sociétaires, outre les bases juridiques du statut de la société elle-même, vient surtout affecter le statut juridique des autres sujets qui sont en contact avec elle, notamment des actionnaires et des créanciers sociaux: "ce sont les personnes étrangères à la direction du groupe qui sont les plus affectées par la contradiction entre le droit positif et la réalité économique des groupes. Cette contradiction résulte de ce que les moyens dont disposent les actionnaires étrangers au contrôle du groupe et les créanciers sont limités à la seule société, alors que celle-ci n'est en réalité qu'une roue du groupe."²⁰⁸

Voyons d'abord la situation (active et passive) des *actionnaires*.

Nous avons vu ci-dessus comment, dans le MLC, une telle situation active se traduit par le postulat de l'*homogénéité fondamentale de ses droits*. Dans le cadre d'une société indépendante, une telle homogénéité reste intouchée et chaque actionnaire demeure titulaire d'un ensemble de droits individuels de contenu identique (droit aux profits, droit à la participation sociale, droit à l'information, droit à la négociation des titres): la mesure de ces droits peut varier, selon le degré du capital détenu, mais jamais leur nature. Lorsqu'une société perd son autonomie et devient membre d'un groupe, cet équilibre est rompu et on assiste à une sorte d'institutionnalisation inévitable d'une *heterogénéité* des droits des associés. En effet, depuis longtemps les

²⁰⁵ Déjà Mestmäcker (1958) soulignait cet aspect dans les cas où le contrôle est obtenu contractuellement (op. cit., 330).

²⁰⁶ Rodière (1967), op. cit., 92; Mestmäcker (1958), op. cit., 224 et s., 326 et s..

²⁰⁷ Germain (1974), op. cit., 185-192.

²⁰⁸ Sauvain (1972), op. cit., 28.

auteurs ont le sentiment de l'existence d'un "dédoulement de la condition des actionnaires" et de la fictivité du postulat traditionnel de l'homogénéité²⁰⁹. A mon avis, l'émergence des groupes a opéré la rupture définitive de cette homogénéité et ouvre la voie à une dualité fondamentale dans la situation juridique des actionnaires, leur qualification se faisant non plus par référence à la société prise individuellement mais par rapport au groupe lui-même. D'une part, les actionnaires internes (normalement, une autre société), qui poursuivent une pure stratégie de pérennité du contrôle possédé, et, d'une autre, les actionnaires externes (bailleur de fond "nomade"), qui poursuivent une stratégie de placement des fonds dans le marché des capitaux²¹⁰. Tandis que pour les premiers les droits inhérents à leur qualité d'actionnaire conservent leur tout leur valeur, ceux des seconds perdent complètement leur signification.

Ce sont ses *droits aux profits* (bénéfices annuels, réserves, liquidation): étant donné que le groupe constitue, outre une unité économique, une organisation composée d'un réseau de liaisons entre les structures patrimoniales des sociétés entre lesquelles s'opèrent en permanence des glissements d'actifs et de capitaux ("syphonnage de bénéfices", "unfair intercorporate dealings"²¹¹), les droits des actionnaires externes peuvent être "bis zur Unkenntlichkeit verkümmern"²¹² - les auteurs parlant déjà à ce propos d'une véritable "expropriation" (Mestmäcker) ou "nudum ius" (Flume). Ce sont ses *droits de participation sociale* (surtout, droit de vote, droit de contrôle de l'administration sociale) perdent aussi quelque intérêt: les délibérations sociales de l'assemblée générale ne revêtant plus qu'un pur caractère déclaratoire de décisions préalables prises hors de la société²¹³, le droit de vote de ceux actionnaires "becomes an all-but-

²⁰⁹ Vigreux, "Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes - théorie et réalité", 31 et s.; Champaud (1967), op. cit., 27 et s.

²¹⁰ Avec une position semblable D'Alessandro (1978), "La disciplina dei gruppi di società nella Novella del 1974", 183 et s.

²¹¹ Bolze (1979), op. cit., 79; Eisenberg (1976), op. cit., 308. L'actionnaire interne (société dominante) décide de transférer tous les bénéfices de la filiale à une autre du même groupe, pour de motifs fiscaux ou financiers: au sur-profit réalisé par le groupe (réduction de la matière imposable) correspond la disparition de quelque bénéfice net dans le bilan de la société et la privation des actionnaires externes du dividende auxquels ils pourraient prétendre.

²¹² Mestmäcker (1958), op. cit., 351; Brachvogel (1967), "Leitunsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern", 80ss; Strohm, op. cit., 11.

²¹³ Sinay (1967), "Vers un droit des groupes de sociétés", 73. Bien sûr, on trouve déjà un phénomène semblable à propos des relations majorité-minorité dans les sociétés indépendantes: toutefois, tandis que dans le cadre de celles-ci l'intérêt social constitue la règle-base des décisions de la majorité et, en tout cas, le critère de résolution des conflits avec la minorité, dans le cadre des sociétés groupées il existe un conflit "institutionnalisé" entre intérêt du groupe et intérêt particulier de la filiale.

meaningless gesture" (Eisenberg) et ses prérogatives de contrôle de la gestion sociale deviennent complètement utopiques²¹⁴. Ce sont ses *droits à l'information* : limités à la société (même si cette-ci est dominante), ces droits ne permettent plus aux actionnaires de se faire une idée de la situation de leur entreprise, dont le destin des affaires est dépendante du succès globale du groupe²¹⁵. Enfin, c'est le *droit à la transmission des titres*: même dans ce dernier refuge, l'actionnaire ne trouve pas de protection suffisante, comme le montrent bien, non seulement les incidences boursières négatives entraînées par la dépendance financière des filiales²¹⁶, mais aussi la perte de la valeur des titres des actionnaires externes à la suite de certaines opérations de constitution de groupes (cession de contrôle, OPA, etc), qui rendent leurs titulaires plus ou moins prisonniers d'une espèce de "titres dormants" (Berr)²¹⁷.

Conscients du total dérèglement ainsi introduit par les groupes dans cet aspect central du modèle légal classique (position active des actionnaires), les auteurs ont cherché de récupérer la cohérence perdue du système tout en préconisant des mesures de protection pour ces actionnaires²¹⁸, dans le cadre d'une globale "Reaktivierung des Aktionäre" (Ott, Großfeld)²¹⁹ ou "shareholder democracy" (Latham, Eisenberg)²²⁰. Un tel type de solution est toutefois voué à l'échec, la pratique démontrant son inefficacité du point de vue des actionnaires libres²²¹ et son irréalisme du point de vue des actionnaires internes²²²: la seule solution viable reste de reconnaître que l'émergence des groupes a définitivement ouvert une rupture

²¹⁴ Eisenberg (1976), op. cit., 310.

²¹⁵ Même si l'information est élargie au niveau du groupe, la complexité des réseaux financiers et économiques la rendra toujours partielle, obscure et tardive, en exposant l'actionnaire aux problèmes de la sous-évaluation de la valeur vénale de ses actions. Sur le problème de l'information, Jadaud/Sayag (1975), "La protection des associés minoritaires lors de l'affiliation", 261 et s., 268 et s.

²¹⁶ Boucourechliev (1975), op. cit., 37. Voir aussi Daernz (1978) "The holding company and corporate control", 37 et s. et 65.

²¹⁷ Berr (1973), op. cit., 7.

²¹⁸ Béjot (1976), "La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et Allemagne".

²¹⁹ Ott (1977), op. cit., 145 et s.; Großfeld (1968), op. cit., 190 et s.

²²⁰ Latham, "The body politic of the corporation", 218 et s.; Eisenberg (1976), op. cit., 19.

²²¹ Notamment, en raison des difficultés de preuve et les coûts entraînés (ainsi, p.ex., aucun actionnaire français n'a pendant les dernières 20 ans essayé d'imposer judiciairement son droit d'information: Herteux, "L'information des actionnaires et épargnantes", 425); aussi Van Ommeslaghe, "Les groupes de sociétés", 78 et s. et, pour la loi allemande, Wiedemann (1982), op. cit., 34 et s.

²²² Notamment, en raison de la lourdeur des charges financières inhérentes à des protections du type de l'échange de titres ou de l'allocation compensatrice: voir Iannuzzi (1973), op. cit., 661 et s..

avec le MLC de la société anonyme et crée une hétérogénéité de base parmi les actionnaires (ce qui, en dernier ressort, équivaut à une externalisation de ceux-ci vers le marché de capitaux, la seule endroit où leur protection ait un sens).

D'un autre côté, la situation passive des actionnaires - *responsabilité limitée* - subit fréquemment des ruptures au sein d'un groupe, où souvent il leur est attribué une responsabilité illimitée. Cela se produit surtout pour des raisons d'ordre pratique: en effet, les opérations d'expansion des groupes demandent un effort financier réalisable seulement grâce au support des institutions bancaires à la création de nouvelles filiales; or ce support n'est possible que si de telles institutions trouvent la garantie de leurs crédits, non pas dans le patrimoine des sociétés filiales, mais précisément dans le patrimoine personnel de l'actionnaire contrôleur (la société mère), qui ainsi réponde sans limite des dettes sociales²²³. Ceci peut toutefois être imposé par la loi elle-même (!) - par exemple, la responsabilité de la société dominante pour les déficits annuels de la dominée dans le cadre d'un contrat de domination (§ 302, I AktG allemand, art. 503° CSC portugais)²²⁴ -, ce qui correspond de surcroît à une consécration légale manifeste de la rupture du modèle classique.²²⁵

2.3. Position Juridique des Créanciers

De l'exposé précédent, on peut déjà déduire comment une telle position subit elle aussi un bouleversement. Au sein des groupes, le *droit de gage exclusif* des créanciers sur le patrimoine social (qui traduit sa position juridique active) est rendu virtuellement privé de son support matériel, en vertu des phénomènes associés à l'éclatement de la SPA (notamment, la destruction du cloisonnement actif-passif sociaux et du capital social, traditionnels mécanismes de protection des droits des créanciers)²²⁶. La

²²³ Ainsi Galgano (1984): "nei confronti delle banche (...) i soci vengono a trovarsi in posizione del tutto equivalente a quella di un socio a responsabilità illimitata, responsabile con il proprio patrimonio per tutte le obbligazioni presenti e future della società (op.cit., 8). Sur les clauses d'assistance financière et les "lettres de patronage", voir infra p.91 et s.

²²⁴ Lutter (1974), op.cit., 10.

²²⁵ D'ailleurs, comme Blumberg (1983) l'a souligné, au sein d'un groupe, le bénéfice de la responsabilité limitée change entièrement de signification et, en vertu de l'effet pyramidal" dégagé du réseau financier qui lie les sociétés membres, "introduce limited liability within limited liability" ("The Law of Corporate Groups", 8).

²²⁶ Son droit de gage est limité au patrimoine de la filiale débitrice, alors que la perméabilité entre les patrimoines des filiales à l'intérieur du groupe peut entamer profondément un tel patrimoine. Germain (1974), op.cit., 279.

permeabilité patrimoniale inter-filiales peut ainsi vider la garantie du créancier de toute substance et rendre son droit une quasi fiction: à quoi sert un droit si les conditions de son exercice disparaissent?²²⁷

On voit ainsi que l'émergence des groupes sociétaires renverse l'équilibre et la distribution des risques de l'entreprise ("*rischio di impresa*", "*unternehmenrisiko*") qui a été accomplie dans le MLC: tandis que, dans la société isolée, l'externalisation partielle de ces risques vers les créanciers (inhérente au bénéfice de la responsabilité limitée) se trouvait contrebalancée par la constitution de garanties en faveur de ceux-ci (cloisonnement patrimonial, capital social, crédit préférentiel), le groupe opère une externalisation totale des risques sans aucune contrepartie - c'est-à-dire qu'à la distribution réalisée par le modèle classique dans le sens d'une "*Risikozentrierung auf das Unternehmen*"²²⁸ se substitue une autre, inéquitable et unilatérale, dans le sens d'une centralisation des risques auprès le marché de crédit. Ce déplacement du risque est d'autant plus inadmissible qu'il provoque un impact différent selon le type de créancier: si les créanciers faibles (petits fournisseurs, salariés, concessionnaires, etc) supportent pleinement la surcharge d'un tel effet translatif, les créanciers forts sont au contraire en position d'exiger des formes supplémentaires de garantie de leurs crédits - ainsi, p.ex., les nommés "lettres de patronage", par lesquelles la société dominante assure indirectement les créanciers des filiales contrôlées²²⁹; les clauses d'assistance financière, etc.

Enfin, les victimes des atteintes causés par les groupes débordent fréquemment le cercle des créanciers privés et s'étendent même aux créanciers publics, en particulier le fisc. On peut citer l'exemple des "prix de transfert". Cette pratique est devenue un élément central de la stratégie financière des groupes à implantation multinationale et vise à réduire la charge fiscale globale du groupe (i.e. maximiser le profit net après impôt) moyennant une sous-facturation ou sub-facturation des opérations de vente entre les sociétés composantes, tout en jouant avec les différences de fiscalité entre les états. Soit un groupe multinational, ayant une filiale dans le

²²⁷ Outre l'affectation de la position des "créanciers en général", on a aussi celle de la position du "créancier individuel", dont le crédit provient d'un contrat: p.ex. violation d'une obligation de non-concurrence qui pèse sur une filiale par l'interposition d'une autre filiale du groupe. C'est la thèse de Rehinder (1969), "*Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht*"; aussi Koppensteiner (1973), "La protection des créanciers au sein des groupes internationaux de sociétés", 1 et s., 21.

²²⁸ Einhardt, apud Caffish (1961), op. cit., 33.

²²⁹ Cannuzzi (1979), "*Unico azionista, gruppi, lettere di patronage*", 163 et s.

pays A (société A) où le taux d'impôt sur les sociétés est de 50% et une autre, qui commercialise les produits de la première dans le pays B (société B), avec un impôt de 30%. Si A fournit ses produits à B au prix normal du marché, disons 100, son prix de revient étant 70, et B revend les produits au prix de 120, le prix maximum possible dans le pays B, alors pour chaque unité de produit vendue le groupe subit une imposition globale de 21:

Bénéfice de A: $30(100-70) - 30 \times 50\% = 15$
 Bénéfice de B: $20(120-100) - 20 \times 30\% = 6$
 Produit taxable du groupe: $15+6 = 21$

Si, au contraire, A sous-facture et fournit ses produits à un prix inférieure à sa valeur normale à B, disons 80, alors - bien que A gagne moins avec la vente qu'elle le pourrait - le groupe subit une imposition globale mineure:

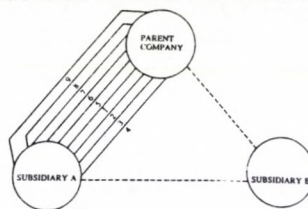
Bénéfice de A: $10(80-70) - 10 \times 50\% = 5$
 Bénéfice de B: $40(120-80) - 40 \times 30\% = 12$
 Produit taxable globale: $5+12 = 17$

Une telle technique de localisation des bénéfices des filiales là où la fiscalité est la plus faible entraîne toujours, outre des dommages pour une des sociétés en cause, des grosses pertes de matière

imposable pour les Etats-créanciers, et son contrôle est devenu très difficile, sinon impossible, du fait de la diversité des opérations par lesquelles elle peut être effectuée²³⁰.

Enfin, la position passive des créanciers: traditionnellement identifiée avec l'impossibilité juridique de la compensation des crédits ("set off")²³¹, elle est altérée par des constantes exceptions dans les groupes: cette compensation, quand elle ne découle pas directement de la coïncidence physique des crédits et débits de la filiale et ceux de la mère (comptes bancaires identiques²³²), s'avère de toute façon une conséquence indirecte des clauses contractuelles de responsabilité de la mère qui sont normalement présentes dans les opérations de financement des filiales.

230 P.ex., vente de produits semi-finis, matières-premières, transferts de technologie, accords d'assistance technique, etc. Une systématisation des plus importantes canaux à travers desquels se procède la transférence de bénéfices à l'intérieur d'un groupe a été faite par Plasschaert (1979):



- Key
- 1 = goods (trade)
 - 2 = trade credits
 - 3 = equity contribution
 - 4 = dividends
 - 5 = loans to subsidiary
 - 6 = interest on loans
 - 7 = fees for intangible property
 - 8 = fees for specific, divisible services
 - 9 = indivisible, overhead costs

231 Voir supra page 30.

232 Blumberg (1983), op. cit., 456; Fabrizio (1986), op. cit., 14.

En somme, le statut juridique classique des créanciers subit une dégénération totale lorsqu'une société devient membre d'un groupe: le support matériel de leurs droits se dissipe, l'équilibre de la distribution des risques s'inverse à leur détriment, et cet effet translatif du risque ouvre la voie à une discrimination entre les créanciers eux-mêmes (créanciers forts et faibles), pour finir par atteindre même les créanciers publics.

2.4. La Position Juridique des Salariés

A la différence des sujets antérieurs, l'affectation de la position juridique des salariés ne résulte pas seulement de l'éclatement de la structure patrimoniale autonome de la société mais, plus profondément, de la personnalité morale de celle-ci dans son ensemble; cependant, et à la semblance de ces sujets, cette affectation est elle-aussi significative. En effet, jusqu'à présent, la PM de l'entreprise constitue le pôle de référence de la constitution et de la réglementation des relations juridiques de travail, soit individuelles (PM employeur - salarié), soit collectives (PM employeur - collectivité de travail): elle fournit une sorte de cadre institutionnel abstrait à l'intérieur duquel sont réglées les relations de travail et par rapport auquel sont établis les droits et la protection du salarié. Or le phénomène des groupes, tout en portant atteinte à l'autonomie de la PM des sociétés groupées et rendent flous ses limites, entraîne une perte d'efficacité, sinon de sens, de tout un ensemble de normes protectrices de ces droits, qui sont précisément fondées sur un tel cadre institutionnel. Ici, comme Supiot (1986) l'a bien remarqué, "la notion d'employeur éclate, celle de la collectivité de travail également"²³³. Dans le contexte du groupe, la question "qui est qui?" constitue une question sans réponse: qui doit être tenu pour employeur (la filiale, la mère, le groupe lui-même)? où sont situées les frontières de la collectivité de travail et de ses institutions représentatives (sont-elles constituées par la seule filiale - comme le prétend implicitement la fameuse "proposition Vredeling"²³⁴ - ou par le groupe tout entier - comme le dispose expressément la loi française sur le "comité du groupe"²³⁵)? Ces questions

²³³ Supiot (1986), "Groupes de Sociétés et Paradigme de l'Entreprise", 8. On suit ici, à plusieurs titres, cet auteur.

²³⁴ Eatnt donné que l'information et consultation des représentants du personnel des filiales transite par le biais de leur propres directions. Cfr. Vandamme (1986), "Employee consultation and information in Multinational Corporations", spec. 149 et s.

démourant sans réponse dans la plupart des ordres juridiques européens, il est compréhensible que le phénomène des groupes continue à dégager un effet modificateur de la position juridique des salariés.

D'abord concernant leur position active. D'un côté, sur plan de la *relation individuelle* de travail, les droits de participation du salarié à la direction sociale (*Mitbestimmung*) et aux profits de l'entreprise subissent la menace potentielle de leur détournement insidieux suite à l'intervention dans la vie de la filiale d'une direction extérieure et à la poursuite d'un intérêt externe (celui du groupe) - on dirait que les salariés se trouvent dans une situation d'atteinte semblable à celle des actionnaires externes. Les vicissitudes du groupe il-même - notamment, élimination des filiales non-rentables, faillite, rationalisation des effectifs dans le cadre de la politique générale du personnel dressée par le noyau dirigeant - peuvent même porter atteinte à son droit fondamental au travail. D'un autre côté, sur le plan des *relations collectives*, ses droits de représentation font fréquemment l'objet de pratiques frauduleuses (v.g., le groupe procède à une répartition artificielle d'une même activité économique entre deux ou plusieurs sociétés-filiales, de telle façon que plus aucune d'entre elles n'emploie le nombre de salariés au-delà duquel la loi impose la constitution d'un comité d'entreprise). Et même quand le groupe n'utilise pas sciemment à son profit l'élément juridique-formel de l'autonomie des filiales, il provoque cependant, nécessairement, un morcellement de la collectivité de travail et ses institutions représentatives: ainsi, si le cadre "réel" de la prestation de travail du salarié déborde fréquemment les limites abstraites de la société et peut prendre place n'importe où au sein du groupe (surtout, dans les opérations de détachement international), sa protection reste en revanche limitée aux institutions représentatives existant dans le cadre "formel" d'une telle prestation (filiale).

Enfin, en ce qui concerne la position passive du salarié, sa mobilité au sein du groupe (surtout, dans les groupes multinationales, qui est associée avec la mutation internationale d'un salarié de la société au service de laquelle il était engagé vers une autre société du groupe) entraîne une "coexistence de deux pôles juridiques patronaux" (Lyon-Caen) qui, faisant éclater la notion d'employeur, rend indéterminé soit le sujet créancier soit l'objet de la créance de la prestation de travail du salarié.²³⁶

²³⁵ Etant donné que ce comité rassemble autour du chef de la société-mère les représentants du personnel des filiales. Cfr. Chalaron (1983), "Le comité du groupe".

²³⁶ D'ailleurs, d'autres aspects de sa position passive (p.ex., respect d'une clause de non-concurrence) doivent acquérir, dans le contexte des groupes, une appréciation différente:

B - Groupe de Sociétés et Structure Organisationnelle de la Société

La SA-PM n'est pas seulement titulaire de droits et obligations propres mais elle doit naturellement pouvoir les exercer. Comme pour toute personne juridique (physique ou morale), se pose ici le problème de la capacité d'exercice des droits; toutefois, tandis que, en règle générale, les personnes physiques ont la faculté de mener personnellement son propre sphère juridique (puisqu'elles possèdent un organisme physique-psychique), les personnes morales, "corpus mysticum", subissent une nécessité radicale d'accomplir une activité juridique au moyen d'une "organisation"²³⁷. Condition essentielle et préalable de la capacité d'exercice de la SA-PM est donc l'institutionnalisation de centres de pouvoirs fonctionnels (organes), pour l'objectif de former la volonté juridiquement imputable à telle personne morale ("organes internes"), aussi bien que pour mettre la société en rapport avec les tiers ("organes externes"): "Die Handlungsfähigkeit für die juristische Person haben deren Organe" (Flume, 1983)²³⁸. En d'autres termes, la capacité d'exercice de la SA-PM présuppose l'existence d'une Structure Organisationnelle Autonome, structure qui est régie par des règles juridiques portant sur la constitution des organes sociaux - hiérarchie et compétences relatives -, et sur leur fonctionnement - règles générales et particulières à chacun d'entre eux.²³⁹

1. La Transformation de la Constitution Organisationnelle Sociétaire

1.1. "Corporate law is constitutional law" (Eisenberg). De même que d'autres institutions, en particulier, l'Etat, la société anonyme ne peut pas survivre sans la constitution préalable d'une structure organisationnelle de gouvernement, qui établisse quels sont les organes qui dirigeront son destin

Krach (1970), "Wettbewerbsverbot für Arbeitnehmer im Konzern und bei Kooperationen", 584 et s.

²³⁷ Sur la nécessité d'une telle organisation, dans un sens sociologique: Raiser (1969), "Das Unternehmen als Organisation", 167; Uwe (1977), "Die organisierte Rechtsperson", 74 et s.; dans un sens juridique: Rittner (1973), "Die werdende juristische Person", 220 et s.; Larenz (1978), "Allgemeiner Teil", 169, 198 et s.; Flume (1983), "Allgemeiner Teil", II, 377 et s.

²³⁸ Flume (1983), op.cit., 377.

²³⁹ Paillusseau (1967): "Le groupement va en effet constituer une personne morale et, pour qu'il ait une existence juridique acceptable, aussi bien pour lui-même qu'à l'égard des tiers, il est indispensable de lui imposer des règles de constitution et fonctionnement" ("La Société Anonyme - technique d'organisation de l'entreprise", 34).

(composition organique) et qui détermine leurs pouvoirs et compétences respectives au sein de l'ensemble (position hiérarchique). Quel que soit le système juridique considéré, on constate invariablement que (créée en pleine conjoncture politique libérale et donc profondément inspiré par les théories du droit public et du droit constitutionnel) le modèle organisationnel classique de la SA a été construit à l'image du modèle organisationnel d'un Etat démocratique.

Raisonnant par analogie, les législateurs ont proposé une sorte de "vision constitutionnelle des sociétés"²⁴⁰ avec, au sommet, l'Assemblée Générale des actionnaires, organe souverain qui jouit d'un pouvoir suprême de décision et de contrôle de la vie sociale; les organes d'Administration, chargés d'assurer la décision sur les affaires sociales courantes et de représenter la société; les organes de Contrôle, chargés d'assurer la régularité du fonctionnement social; et, dans certains ordres juridiques, les Salariés, avec des compétences limitées. Outre une organisation à structure démocratique (fondée donc sur le principe de la séparation des pouvoirs), la société a aussi été envisagée comme une organisation fermée sur elle-même, qui assure son propre gouvernement par la formation d'une volonté sociale propre à l'intermédiaire de ses organes (principe de la plénitude du pouvoir: les organes sociaux sont collectivement souverains et détiennent, dans leur ensemble, un pouvoir de décision souverain sur la vie et le destin social).

1.2. Une fois de plus, si on regarde ce qui se passe au sein d'une société appartenant à un groupe sociétaire, la réalité est toute autre.

On pourrait tout d'abord rappeler ici le cas des filiales à 100% ("wholly-owned subsidiaries") ou celui des filiales communes, formes de groupement qui parfois aboutissent à un détournement complet de toutes les règles régissant la structure organisationnelle d'une société normale. L'Assemblée Générale n'existe nulle part²⁴¹, ou, si elle existe, elle est physiquement composée avec les mêmes membres du Conseil d'Administration ou du Conseil de Surveillance; les sphères légales d'attributions et de compétences propres de chacun des organes sont fusionnées, le principe de la séparation des pouvoirs étant remplacé par celui de la confusion des pouvoirs; la vie sociale se déroule en marge de tout modèle légal et au gré des participants,

²⁴⁰ Berr (1973), op.cit., 12.

²⁴¹ "Elle n'est pas qu'un procès-verbal établi par un employé dans son bureau!" (Spinosi, op.cit., 127).

qui souvent sont liés par des conventions de vote d'une liceité plus que douteuse, par des accords prévoyant l'alternance aux postes clefs, etc.²⁴²

Mais on n'a pas besoin d'avoir recours à ces cas pathologiques extrêmes pour confirmer l'échec du MLC, puisque même dans le cadre d'une société filiale "normale" le bouleversement de la SOA est évident.

L'*Assemblée Générale* de la société-filiale, d'organe suprême de la pyramide organisationnelle doté de pouvoirs de décision structurelle (prise des décisions fondamentales, contrôle de la gestion, nomination des autres organes) devient un organe-fantôme dépourvu de toute compétence, même résiduelle. Il est vrai que, déjà dans le cadre des sociétés indépendantes, le rôle fictif joué par les assemblées d'actionnaires est de plus en plus souligné²⁴³. L'absentéisme et la passivité croissants des actionnaires²⁴⁴, l'hétérogénéité "capital de contrôle - capital monétaire"²⁴⁵, la progressive concentration du pouvoir de direction dans les mains d'une "technostructure" émergente, devenue inévitable du fait de la complexité croissante et de la professionnalisation des tâches de gestion sociale²⁴⁶, etc, constituent quelques uns des facteurs responsables d'une abdication toujours plus grande de la souveraineté des assemblées et de leurs compétences légales. *L'émergence des groupes sociétaires constitue le dernier anneau de la longue chaîne de causalité aboutissant à l'effacement de cet organe de la structure organisationnelle de la société anonyme.*

En effet, les groupes apportent un facteur nouveau et plus puissant de dissolution de cette souveraineté: la création d'une direction unitaire extérieure à la société elle-même. Un tel phénomène vide entièrement de sa substance et de son sens la position de l'AG. D'un côté, il provoque l'absorption virtuelle des ses pouvoirs légaux de direction générale de la société²⁴⁷: on a souligné ci-dessus comment cette direction s'exprimait dorénavant au niveau du groupe dans l'établissement d'une politique économique globale commune à l'ensemble des sociétés groupées, qui,

²⁴² Guyon (1980), op.cit., 531.

²⁴³ Spinosi (1971), "Les Assemblées Générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes - réalité ou fiction?", 125 et s.; Tunc (1952), "L'effacement des organes de la société anonyme", 73; Eisenberg (1969), "The Legal Role of Shareholder and Management in Modern Corporate Decisionmaking", 26 et s.; Paillusseau (1967), op.cit., 48 et s.; Berr (1973), op.cit., 246 et s.

²⁴⁴ Vigreux, "Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes - théorie et réalité".

²⁴⁵ Galgano (1984), op.cit., 29 et s.

²⁴⁶ Une "technocratie" se substitue à la "démocratie actionnaire": un transfert silencieux du pouvoir, au sein de l'entreprise, du capital à l'intelligence organisée (Galbraith, "Le Nouveau Etat Industriel", 78).

²⁴⁷ Que la majorité des lois lui continuent imperturbablement à reconnaître: Grossfeld (1973), "Management and Control of Marketable Shares Companies", 85.

dédoublée dans des politiques sectorielles diverses, monopolise la définition des grandes lignes d'orientation des affaires de ces sociétés (et recouvre donc précisément la sphère des attributions propres d'une assemblée générale)²⁴⁸. D'un autre côté, une telle direction s'exerce du point de vue logistique au moyen d'un réseaux de communication inter-sociétaire complexe et hiérarchisé dont les protagonistes sont invariablement les organes de gestion, les rapports s'établissant directement de gestion à gestion et en ignorant le rôle de l'AG ²⁴⁹. En somme, le phénomène caractéristique de la direction unitaire (dans son double aspect de la logique centrifuge qui anime la coordination et le contrôle au sein des groupes, et du rôle central joué par les managers, "the visible hand") entraîne nécessairement l'effacement radical de l'AG de la filiale, qui ainsi passe de la situation d'organe souverain destiné à assurer l'indépendance de la société à celle très différente d'un "savant exercice d'illusionisme populaire" (Galbraith)²⁵⁰, destiné à réaliser la formalité à laquelle la loi subordonne le contrôle social (détenition d'un capital majoritaire) et ainsi à servir d'organe complice d'un processus tendant justement à la création d'un statut sociétaire de dépendance.²⁵¹

A cette diminution - sinon disparition - de l'AG on correspond à une augmentation des pouvoirs réels des *organes d'administration*, qui, au contraire du MLC, passent au premier plan dans la structure organisationnelle de la société. Une telle thèse se trouve d'ailleurs confirmée par certaines théories récentes sur l'entreprise moderne qui, comme celle proposée par Chandler²⁵², la décrivent comme une constellation de firmes ("multiunit enterprise") dont la direction s'exerce au moyen d'une structure hiérarchique par les managers. A l'inverse du MLC, donc, ce sont maintenant les organes

248 Bézard/Sayag (1975), op.cit., 284; Boucourechliev (1975), op.cit., 46.

249 Schilling (1971), "Macht und Verantwortung in der AG", 159 et s., 162.

250 Galbraith (1967), op.cit., 107.

251 Etant donné que la direction unitaire d'un groupe ne constitue que le résultat d'un processus d'absorption et d'appropriation de la sphère des compétences légales et des pouvoirs propres des Assemblées Générales des sociétés membres (c'est-à-dire, elle n'est que la somme des "souverainetés" des AG des filiales, issue de ce processus), on peut légitimement s'interroger sur le réalisme des propositions d'une "Reaktivierung" de tel organe (notamment, Grossfeld, Eisenberg, Latham, Lutter, Steinmann, Wiethölter), puisque ça aboutirait à un dégonflement des pouvoirs de la direction unitaire et équivaldrait à une "De-Aktivierung" du contrôle réel exercé par celle-ci. A mon avis, la seule solution possible serait de consacrer juridiquement l'effacement réel de l'AG au sein de l'organisation des sociétés anonymes, externaliser les actionnaires et leur respective protection) vers le marché de capitaux, et ainsi mettre un point final dans cette sorte de comédie juridique que le législateur, par une obéissance devenue mécanique à un idéal démocratique de la société, persiste à maintenir.

252 Chandler (1977), "The Visible Hand", 3.

de gestion qui deviennent l'organe souverain véritable de la société anonyme. Toutefois - et ici réside peut-être le point le plus important du bouleversement organisationnel entraîné par les groupes - une telle souveraineté sera toujours une souveraineté limitée puisque directement dépendante des directives émanant des échelons hiérarchiques supérieurs (une autre filiale du groupe et, en dernier ressort, la société-mère)²⁵³; les compétences de la gestion de la filiale seront toujours, par nature, des compétences de second degré, la "compétence des compétences" se situant quelque part en dehors de la société elle-même.

On arrive ainsi à une situation paradoxale et entièrement inexplicable du point de vue du MLC: le pouvoir de gouvernement d'une société ne réside plus dans aucun de ses organes sociaux propres, ne réside plus dans sa propre structure organisationnelle. L'émergence des groupes sociétaires vient ainsi, au-delà du bouleversement de l'équilibre interne de la structure organisationnelle autonome de la société anonyme (en renversant les positions et compétences entre l'AG et la Gestion), provoquer véritablement sa destruction et la rendre fictive. En d'autres termes: les groupes ne portent pas atteinte seulement au postulat de la séparation des pouvoirs (en le remplaçant par une sorte de principe de la confusion de pouvoirs)²⁵⁴; ils détruisent le fondement même des pleins pouvoirs de la société sur lequel repose toute la constitution organisationnelle de la société anonyme en tant que "corporation" (Körperschaft).²⁵⁵

2. La Transformation du Fonctionnement Organisationnel

La conséquence logique et inévitable de cet éclatement de la SOA de la société anonyme c'est la mise en cause de ses rouages légaux, notamment des règles de fonctionnement de cette structure organisationnelle.

2.1. Le cas le plus frappant est peut-être celui de l'*intérêt social*. La notion d'intérêt social, tout en fournissant le critère juridique fondamental

²⁵³ Pour cette raison, il est devenu fréquent d'entendre parmi les managers des filiales des plaintes du type: "On est obligé de tenir des conseils (d'administration) où on ne fait rien... Tout ceci est du temps perdu et ne sert à rien du tout!" (apud Boucourechliev, op. cit., 45).

²⁵⁴ Berr (1973), op.cit., 13.

²⁵⁵ Dans cette perspective, la société cesse de fonctionner comme une "corporation" (c'est-à-dire, comme un système auto-gouverné, détenteur de sa propre souveraineté) pour s'approcher plutôt d'une "fondation" (c'est-à-dire, d'une masse patrimoniale gouvernée selon un intérêt externe et étranger aux organes de gestion de la fondation).

auquel est subordonnée nécessairement l'activité de tous les organes sociaux, constitue une sorte de règle générale du fonctionnement de l'organisation sociale. Ce critère s'impose d'abord aux organes de gestion: toute opération d'un dirigeant social doit être subordonnée à cet intérêt, qui prime ainsi sur toutes les instructions émanant de l'assemblée générale et établit un limite de l'autonomie de son pouvoir de gestion (Allemagne: §§ 76, 93, 116 AktG 1965; Angleterre: "fiduciary duties"; France: critère de la validité des actes de l'administration, d'appréciation de sa responsabilité; etc). Mais elle s'impose en outre aussi aux organes délibératifs et constitue même la notion-clé de leur activité. En effet, le passage d'une perspective moniste de la SA ("interessenmonistische AG") - les actionnaires ayant tous le même but et où donc le critère de la majorité apparaît comme décisif dans la résolution des conflits entre les associés - à une perspective pluraliste ("interessenpluralistische AG")²⁵⁶, à la suite de la prise de conscience du mythe de l'actionnaire-type²⁵⁷ et de la nécessité de fixation des limites au pouvoir majoritaire²⁵⁸, est venu placer les ordres juridiques-sociétaires devant le problème de la découverte d'un principe juridique général présidant au fonctionnement de l'assemblée des actionnaires. Or tous les législateurs ont trouvé ce principe juridique dans la notion d'intérêt social qui ainsi, en tant que critère régulateur des conflits majorité-minorité, de la mise en cause des délibérations sociales et de la protection des droits individuels des associés, est devenue une "des notions fondamentales du droit des sociétés" (Paillusseau) - il suffira de rappeler ici, par exemple, le cas allemand (§§ 101, 197, 243 AktG)²⁵⁹, le cas italien (art. 2373, 2441, 2247 CC)²⁶⁰, le cas français²⁶¹, le cas anglais²⁶², pour ne citer que les plus connus.

Lorsqu'une société devient membre d'un groupe, toutefois, son intérêt social propre est condamné à passer à un plan secondaire: ici *l'intérêt général du groupe* prime sur celui des sociétés composantes. Comme le

²⁵⁶ Sur l'opposition, en un sens plus large, Steimann (1969), "Großunternehmen im Interessenkonflikt", 36 et s.; Ott (1977), op.cit., 137 et s.; Chayes (1959), "The Modern Corporation and the Rule of the Law", 25 et s.

²⁵⁷ Wiethölter (1961), "Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft": "Der Typ des Aktionärs existiert nicht" (32); Eisenberg (1976), op.cit.: "The Fallacy of the Average Shareholder" (43).

²⁵⁸ Schmidt (1969), "Les droits des minorités dans la société anonyme", 137 et s.

²⁵⁹ Voir Wiethölter (1961), op.cit., 103; Oesch (1971), "Die Minderheitschutz im Konzern", 183 et s.

²⁶⁰ Voir Galgano (1984), op.cit., 57 et s.

²⁶¹ Voir Schmidt (1969), op.cit., 140 et s.; Berr (1973), op.cit., 272 et s.; Van Haecke (1962), "Les Groupes de Sociétés", 204; Champaud (1962), op.cit., 145 et s.

²⁶² Voir Gower (1979), op.cit., 577 et s.; Farrar (1985), op.cit., 309 et s.

remarque Champaud, "l'intérêt propre d'une société contrôlée se trouve plus ou moins subordonné à celui des controlaires; lorsque ce contrôle est la manifestation de l'unité de direction économique d'un groupe, la notion d'intérêt social se voit supplantée par celle d'intérêt du groupe"²⁶³. Devant une telle situation, l'attention de la doctrine a été souvent attirée par les conséquences pratiques préjudiciables qui peuvent en découler pour le futur des filiales groupées, notamment le danger d'être utilisées comme instrument au service de la société dominante²⁶⁴. A mon avis, cependant, c'est surtout au niveau des conséquences juridiques que réside le problème le plus importante: en effet, la formation des groupes sociétaires - parce qu'elle prive l'activité des organes sociaux de la filiale de ce qui est la règle principale de son fonctionnement et parce qu'elle prive un ensemble de normes aussi nombreuses qu'importantes de leur critère interprétatif principal - introduit virtuellement un facteur de disfonctionnalité et dérèglement dans toute la vie sociale des filiales et dans l'activité des structures organisationnelles respectives, en rendant de plus complètement inapplicables une bonne partie du régime légal disciplinant la société par actions.²⁶⁵

2.2. D'un autre côté, les règles particulières du fonctionnement de certains organes sociaux subissent aussi une atteinte irréparable.

En ce qui concerne l'Assemblée Générale, il suffira de rappeler ici celles les plus importantes. Le principe de l'égalité des actionnaires (v.g., §53 AktG, 2ème Directive Communautaire)²⁶⁶ est rendu complètement inapplicable en vertu des phénomènes de l'hétérogénéité des actionnaires²⁶⁷ et de la subordination de l'intérêt social à l'intérêt du groupe: "l'entrée dans le groupe provoque de façon inéluctable une rupture d'égalité entre les

²⁶³ Champaud (1962), op.cit., 276.

²⁶⁴ Prentice (1982), "Groups of Companies", 103; Brooke/Remmers (1978), op.cit. ("the unavoidable problem of the conflict of interests between the whole and the parts": 67); Dabin (1975), op.cit., 177 et s.

²⁶⁵ "L'intérêt social est le principal critère d'interprétation en droit des sociétés" (Sauvain, op.cit., 23). Il est aisé à imaginer les conséquences d'une telle dérèglementation: on place les administrateurs des filiales devant le problème insoluble de leur responsabilité par l'accomplissement de deux intérêts contradictoires, l'intérêt social et l'intérêt du groupe; on retire au juge, une fois suscitée la validité d'une délibération de l'AG ou une violation des droits des minorités, l'instrument fondamental pour trancher le conflit, puisqu'il ne s'agit plus de choisir entre un intérêt d'une majorité et celui d'une minorité, ni d'évaluer la conformité d'une décision à l'intérêt social, mais de choisir entre un intérêt interne (filiale) et un autre externe (groupe) - l'intérêt social ne permettant plus de trancher car il se présente lui-même opposé à un nouvel intérêt.

²⁶⁶ Wiedemann (1980), op.cit., 427 et s.; Wurdinger (1973), op.cit., 45 et s.; Hueck (1983), op.cit., 243 et s.

²⁶⁷ Sur ce point, voir supra pag. 85 et s.

associés" (Schmidt)²⁶⁸. Le principe démocratique du *pouvoir majoritaire* - "regola base dell'interno funzionamento dell'assemblea" (Galgano, 1984) - devient plutôt un principe oligarchique (Ott), plutocratique (Ripert) ou bureaucratique (Mason), puisqu'une des conséquences les plus importantes de l'effacement de cet organe c'est comme nous l'avons analysé ci-dessus d'avoir justement un effet exponentiel de perpétuation du contrôle du groupe sur la filiale, surtout dans les groupes dits à structure financière.

D'un autre côté, en ce qui concerne les organes de gestion, le principe qui nous vient immédiatement à l'esprit est celui des *devoirs généraux des administrateurs* d'une gestion conforme aux intérêts de la société et de la responsabilité (civile et pénale) de ces dirigeants dans le cas de sa violation (v.g., § 76 AktG). Le seul problème ici résulte du fait que le groupe place les administrateurs des filiales devant un conflit insoluble: d'une part, ils sont tenus de gérer la filiale selon les intérêts propres de celle-ci (sous peine de répondre devant les actionnaires, les créanciers et la propre société) mais, d'autre part, ils sont contraints à l'exécution des directives émanant des échelons hiérarchiques supérieurs du groupe (sous peine de perdre leur poste!), lesquelles, visant l'intérêt général du groupe il-même, peuvent naturellement être contraires à l'intérêt particulier de la filiale. Le résultat final d'un tel paradoxe - la pratique étant à ce sujet la meilleure preuve - a été la substitution d'un principe juridique (responsabilité des administrateurs envers leur propre société) par un autre, purement factique, de la responsabilité envers l'administration de la société dominante: une nouvelle version de la vieille polémique Berle-Dodd ("corporate managers are trustees of the central management").²⁶⁹

²⁶⁸ Schmidt (1969), op.cit., 160. Aussi déjà Mestmäcker (1958), op.cit., 346; Zöllner (1963), "Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht", 309 et s.; Bejot (1972), op.cit., 177 et s.; en un sens partiellement différent, Oesch (1971), op.cit., 185.

²⁶⁹ Dans tous les pays de la CEE (à l'exception de l'Allemagne), une telle délégation des pouvoirs d'administration envers une autre société est catégoriquement interdite - des contrats tels que le "contrat de domination" germanique, selon les lois existantes, sont nuls et sans aucun effet (cf. Van Ommeslaghe, "Unternehmenskonzentration und Rechtsangleichung in der EWG", 201 et s., 218). Et même dans les systèmes qui, comme celui allemand, prévoient le transfert des pouvoirs gestionnaires vers la société dominante, le problème n'est que partiellement résolu: rappelons ici seulement, p.ex., l'échec du système sur le plan de ce qu'on appelle "faktischen Konzern", aujourd'hui généralement reconnue (Lutter, op.cit., 16; Strohn, op.cit., 30).

§2 La Société Anonyme-Contrat

Le MLC de la société anonyme possède sa seconde base juridico-dogmatique fondamentale dans l'institution du Contrat. Selon ce modèle légal classique, la société constitue une convention possédant, d'une part, la caractère *général* d'un contrat (accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes) et, d'autre part, des caractères *spécifiques* du contrat de société (apports des associés, partage des bénéfices et pertes, "affectio societatis"). Ce modèle subit une crise totale lorsqu'on considère la réalité des GS.

Dés lors, le trait générale de la SA-C se dissout devant certaines cristallisations de la vie des groupes, telles les filiales à 100% ("wholly-owned subsidiary", "subsidiária integral"), qui se traduisent par la constitution d'une société grâce à l'engagement unilatéral d'une seule personne. En effet, il est devenu aujourd'hui déjà une évidence que la dynamique d'expansion internationale des principaux groupes sociétaires les a conduit à une stratégie d'implantation multinationale, qui se réalise fréquemment à travers de la création de filiales hors du pays d'origine, dont le capital est totalement contrôlé par la maison-mère: c'est le cas, notamment, pour environ 83% des filiales étrangères des groupes américains et 44% des groupes allemandes (ainsi, par exemple, le groupe Unilever constitue un groupe composé par 219 sociétés étrangères, dont 167 sont filiales à 100%; le groupe BP, avec 220 sociétés, possède 116 filiales dans ces conditions). Le succès pratique de la société unipersonnelle explique d'ailleurs peut-être le fait de sa progressive et croissante consécration légale par les législateurs de tout le monde: c'est le cas de la "subsidiária integral" du droit brésilien (art. 251° Loi n° 6404/1976)²⁷⁰, la "Einmannengesellschaft" du nouveau droit allemand des sociétés à responsabilité limitée (§ 1 da GmbH-Novelle de 1980)²⁷¹, l'EURL créé en France par la loi n° 85-697 de 1985²⁷² et aussi par le nouveau droit belge (loi 14 juillet 1987)²⁷³, la société unipersonnelle du droit danois (loi n° 371, du 13-

²⁷⁰ Vide Comparato (1978), "Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions"; Piras (1983), "I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano".

²⁷¹ Vide Flume (1980), "Die Gründung der Einmann-Gesellschaft nach der Novelle zum GmbH-Gesetz", 1781 et s.; Ulmer (1980), "Die Einmanngründung der GmbH - ein Danaergeschenk?", 1001 et s.

²⁷² Sobre cette récente et polémique figure du droit français, vide Paillesseu (1986), "L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle"; Daigre (1986), "Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée".

²⁷³ Le nouveau droit belge admet maintenant la constitution de sociétés de personnes à responsabilité limitée par l'engagement unilatéral d'un seul individu, selon les modifications introduites par la loi 14 juillet 1987 dans l'article 116° du Code Commercial belge: vide

6-1973)²⁷⁴ et du droit hollandais (loi de 16-5-1986), la "sociedad unipersonal" du droit espagnol en projet (art. 12°, 2 AR)²⁷⁵, la "sociedade anónima constituída por domínio total inicial" du droit portugais (art. 488° CSC 1986), et, finalement, la société unipersonnelle à responsabilité limitée du droit communautaire, prévue par la 12^e Directive relative au droit des sociétés.²⁷⁶

Souvent, les caractéristiques spécifiques sont elles aussi absentes. L'obligation de réalisation des apports des associés est fréquemment rendue fictive du fait de certains phénomènes inhérents au fonctionnement du groupe, tels la subcapitalisation et la dé-capitalisation²⁷⁷. Le partage de bénéfices et des pertes se trouve complètement faussé en raison de la perméabilité financière typique entre les sociétés groupées (motivée par un propos de "Finanzausgleichung" à l'intérieur du groupe), ou par le biais de pratiques telles que les transferts de capitaux et de résultats²⁷⁸. En particulier, il faut rappeler ici la reconnaissance qui la loi elle-même fait déjà des conventions conclues entre sociétés, par lesquelles une d'elles s'oblige à transférer pour l'autre la totalité ou une partie de ces profits (contrat de tranfers de profits: v.g., § 291, I, AktG allemande, art. 508° CSC portugais). Enfin, l'"affectio societatis", qui ne signifie déjà plus grand chose dans la société normale - d'où peut-être l'emploi d'une expression latine -, est encore moins présent dans le cas d'une société filiale.

Wymeersch (1988), "The groups of companies in belgian law", 47; Afschrift/de Hemptinne (1987), "La Loi du 14 juillet 1987: la société unipersonnelle", 185s.

²⁷⁴ À l'exception du cas du Lichenstein, pays où dès 1926 la figure de la société unipersonnelle a été admise, la Denemark a été le premier pays en Europe à consacrer une telle figure dans son droit positif, dès le début des années 70 (art. 3°, n°1 Loi Sociétés Commerciales n° 371, du 13-6-1973): vide Rhode (1982), "Groups in Scandinavian Company Law", 143.

²⁷⁵ Voir articles 12°, 2 e 13° du "Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial Y Adaptacion de la Legislacion Mercantil a las Directivas de la CEE en Materia de Sociedades", de 17-7-87: Alonso Ureba (1987), "La Sociedad Unipersonal", 217-280.

²⁷⁶ Voir Wooldridge (1989), "The Draft Twelfth Directive on Single-Member Companies", 86 et s.

²⁷⁷ Voir supra pag. 43 et s.

²⁷⁸ Voir supra pag. 37, 42 et s.

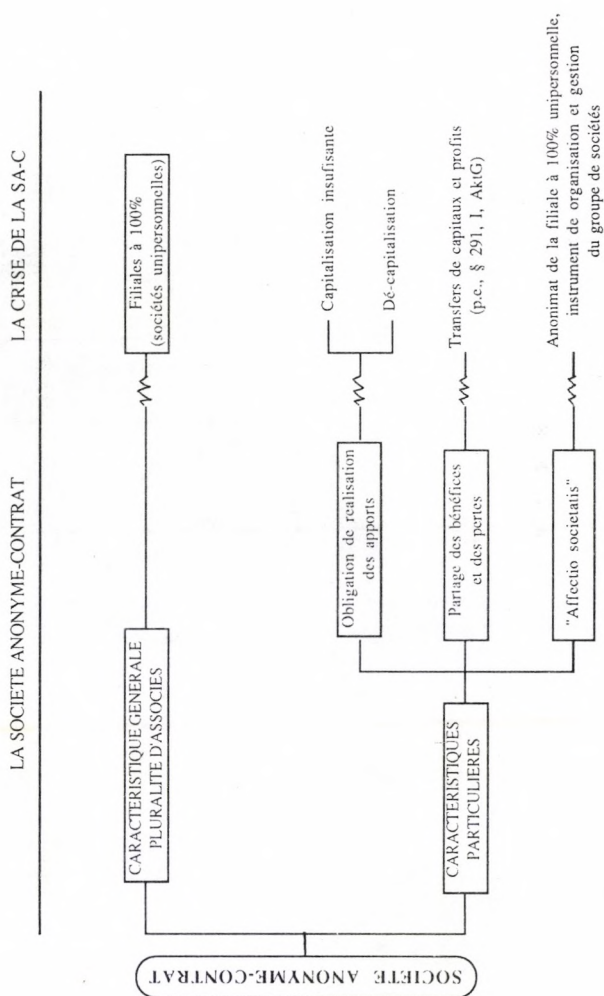


TABLE 5
La Crise de la Société Anonyme-Contrat

PARTIE III

LES ORIGINES DE LA CRISE ET LES VOIES POSSIBLES DE SON DEPASSEMENT: VERS UN MODELE NORMATIF ALTERNATIF DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

Bien que les réflexions précédentes soient encore en stade de développement, nous sommes persuadés d'avoir déjà apporté la preuve suffisante de deux thèses fondamentales: d'une part, celle selon laquelle le Groupe de Sociétés constitue le nouveau paradigme de la réalité économique-sociétaire moderne (PARTIE I); d'autre, la thèse selon laquelle le phénomène des GS est venu ouvrir une crise globale dans le Modèle Légal Classique de la Société Anonyme, en le rendant à plusieurs titres purement fictive (PARTIE II). De la conjugaison de ces deux prémisses se déduit, en bonne logique, une conclusion: il s'impose de développer un nouveau Modèle Normatif Alternatif, qui soit adapté aux réalités actuelles des sociétés, et notamment à l'encadrement juridique de problèmes comme celui des groupes.

Les observations qui suivent sont déjà inscrites dans cette ligne, bien qu'elles ne revêtent qu'un caractère extrêmement embryonnaire et schématique, et ne visent qu'à une tentative de découverte des racines sous-jacentes de l'échec du modèle classique, afin d'essayer de désigner quelques voies possibles de son dépassement. A mon avis, les origines de cet échec peuvent être ramenées à deux raisons essentielles. D'un côté, il ne reflète qu'un aspect de la crise générale des fondements du Droit Privé (1) à l'égard de l'Economie (1.1), de la Politique (1.2) et du propre Droit des Sociétés (1.3). D'un autre côté, il résulte de la progressive inadaptation et de la crise des fondements dogmatiques particuliers de la figure de la Société Anonyme (2), le Contrat (2.1) et la Personne Morale (2.2).

CHAPITRE I

LA CRISE DES FONDAMENTS GÉNÉRAUX DU DROIT PRIVÉ

§1 Droit Privé et Economie

Les rapports du Droit Privé traditionnel avec l'Economie sont essentiels pour comprendre la crise qu'il traverse. Tout le système privatiste est fondée

sur une vision économique neo-classique, qui conçoit l'espace économique comme le cadre d'action de sujets individuels, autonomes, dispersés et de taille semblable, dont l'équilibre des rapports se trouve automatiquement assuré et auto-réglé par le biais des mécanismes du Marché et de la Concurrence. C'est précisément sur cette présupposition que repose, d'abord la conception traditionnelle du Droit Privé comme le cadre juridique "naturel" de la régulation des rapports économiques des individus (Wiaecker)²⁷⁹, ensuite la division de l'ordre juridique en Droit Privé et Droit Public (ou entre Economie et Etat), et enfin le rôle classiquement non-interventionniste des pouvoirs publics dans la sphère économique.

Depuis longtemps, cependant, la réalité - surtout celle de la firme, sujet économique central - a apporté un démenti direct à cette présupposition. Comme nous l'avons déjà mis en relief²⁸⁰, les mécanismes du marché et de la concurrence se sont vus progressivement supplantés par ceux de la *Hiérarchie* et de la *Concentration*. L'idée traditionnelle de la firme "as a one man bands playing other people's music" (Sutton, 1980), comme variable absolument dépendante des règles d'un marché auquel elle ne ferait que s'adapter, est devenue utopique lorsque la firme, découvrant des incitations à internaliser son marché au moyen de sa croissance externe, s'est dotée des moyens de contrôler celui-ci. Aussi l'idée suivant laquelle la firme agirait dans un espace hautement concurrentiel s'effondre totalement devant le mouvement inéluctable de concentration des entreprises et la constitution d'un marché parsemé d'un nombre de plus en plus petit d'organisations économiques très puissantes, jouant le rôle auparavant attribué à la "main invisible". Les groupes de sociétés constituent précisément le phénomène où cette évolution trouve sa cristallisation la plus claire et achevée.

Or dans ces conditions, il est compréhensible qu'un tel bouleversement des fondements économiques du Droit Privé ne soit pas sans prolongements juridiques importants. Il reste un cadre essentiellement inadapté au phénomène de la concentration des entreprises et du pouvoir économique, puisqu'il a été élaboré sur base d'une prémisse complètement opposée. Cela explique, d'une part, la crise de fait qu'il traverse aujourd'hui, dont les manifestations les plus frappantes sont entre autres l'effacement des frontières entre Droit Public - Droit Privé (Habermas)²⁸¹, la mutation des

²⁷⁹ Wiaecker (1983), "Diritto Privato e Società Industriale", 47 et s. et 70 et s.

²⁸⁰ Cfr. supra p. 2 et s.

²⁸¹ Habermas (1965), "Strukturwandel der Öffentlichkeit - Untersuchung zu einer Kategorie der Bürgerlichen Gesellschaft".

institutions juridique-privatistes qui, d'instruments de protection de l'autonomie privée, deviennent des instruments de domination (Biedenkopff), et l'essor de l'interventionnisme économique des pouvoirs publiques ("Wirtschaftsrecht"). D'une autre, son inadaptation ouvre une véritable *crise de légitimation* de ce droit devant une sphère économique de type concentrationniste, à la recherche d'un nouveau paradigme de fonctionnement et d'équilibre juridiquement institutionnalisé.

§2 Droit Privé et Politique

Largement tributaire d'une vision politique libérale, le droit privé classique repose aussi sur une *conception dualiste* de la constitution de l'univers politico-social (Individu et Etat) et donc conçoit l'espace social en tant que cadre *horizontal* d'action de sujets agissant dans une position de parité et d'égalité. Or la constitution de blocs de pouvoir économique privé, issus du mouvement de concentration des entreprises, a donné naissance à la problématique des "pouvoirs intermédiaires". En effet, de tels groupements économiques constituent aussi - et peut-être surtout - des véritables centres de pouvoir politique, de véritables institutions non-publiques de pouvoir - "private government" (Selznick, Latham), "quasi-public institutions" (Eells, Ulrich), "politisches Aktionszentrum" (Ott), or "para-political systems" (Easton). L'émergence de telles institutions rend une fois encore inévitable la crise des fondements du Droit Privé: l'horizontalisation présumée des acteurs sociaux est remplacée de facto par un modèle de *verticalisation* et le dualisme originaire cède de plus en plus place à l'émergence d'un *trialisme* Individu - Institutions Privées de Pouvoir Politique (grande entreprise et, surtout, les groupes) - Institutions Publiques (Etat).

Que ce nouvel acteur s'avère essentiellement différent des acteurs originaires et réclame donc un encadrement institutionnel lui-aussi différent, paraît une évidence. Son apparition ouvre ainsi une *crise de légitimation* à l'égard des principes qui devront régler ou encadrer son organisation et son mode d'action dans la sphère sociale, pour lesquelles le Droit Privé manifestement n'est pas préparé (cela explique, d'ailleurs, entre autres choses, pourquoi ce droit a continué jusqu'à présent à considérer l'entreprise et, a fortiori, les groupes, comme des objets de droit et non pas comme des sujets de droit). Il importe donc de doter ce véritable "ordre légal émergent" d'un statut juridique-institutionnel propre (lui fournissant une constitution

juridique) et de définir nettement sa position vis-à-vis des individus (personnes physiques ou morales), d'une part, et des pouvoirs publics (Etat), de l'autre.

§3 Droit Privé et Droit Sociétaire

Le Droit des Sociétés, en tant que branche du Droit Privé (Champaud l'appelle même droit "ultra-privé"²⁸²), partage les faiblesses de celui-ci et la crise de ses fondements. Cela se manifeste surtout dans deux directions. D'une part, tout le Droit des Sociétés est basé sur le postulat de la *neutralité concurrentielle* (Grossfeld, Sura)²⁸³. Or ce postulat est tout à fait faux puisque, bien au contraire, la réalité économique a consacré la Société Anonyme comme l'instrument juridique par excellence du phénomène concentrationniste; et une telle affirmation devient même particulièrement insoutenable si on considère que la réalité actuelle des sociétés est, en grande partie, celle des groupes sociétaires. D'un autre côté, les racines privatistes de cette branche juridique expliquent son caractère *minimaliste* : le Droit des Sociétés persiste à réduire la société au groupement des apporteurs de capitaux ("propriétaires") et donc à exercer une pure fonction (simplificatrice) de réglementation des rapports entre ceux-ci et les administrateurs - avec raison on a déjà pu dire que "the classic corporation law thus is little more than a institutional version of contract law" (Buxbaum, 1985)²⁸⁴. Manifestement, il faut s'orienter ici, comme le réclame d'ailleurs depuis longtemps la doctrine, d'un Droit des Sociétés vers un Droit de l'Entreprise ("Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht")²⁸⁵, une telle transformation étant la seule à permettre la reconnaissance de la spécificité de l'institution "entreprise" dans tous ses aspects, soit à un microniveau (actionnaires, salariés, management, créanciers), soit à un macroniveau (consommateurs, intérêts publics - p.ex., politique fiscale, politique économique, politique d'environnement). L'équilibre de toutes les composantes et la constitution juridique d'une telle institution restent encore des questions ouvertes, dont la réponse dépend en bonne partie de celle

²⁸² Champaud (1962), "Le pouvoir de concentration de la société par actions".

²⁸³ Großfeld, "Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionäre"; Sura (1981), "Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktienrecht".

²⁸⁴ Buxbaum (1985).

²⁸⁵ Voir Ballersted (1977), in Festschrift für Konrad Duden, 15-36; Raiser (1979), Festschrift für Robert Fischer, 516-578.

qu'on veut bien donner au "endless problem" de la substance des personnes morales (voire infra 2.2).

CHAPITRE II

LA CRISE DES FONDAMENTS DOGMATIQUES PARTICULIERS DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

La crise du modèle légal trouve aussi ses origines dans la crise des supports dogmatiques spécifiques qui lui sont sous-jacents, à savoir, le contrat et la personnalité morale.

§1 Le Contrat

Cet institution dogmatique se révèle inadéquate comme paradigme de la régulation juridique de la SA, en particulier, et des réalités organisationnelles, en général, puisqu'il est en contradiction fondamentale avec la nature de ces réalités, au moins sur trois points.

D'une part, tout le droit contractuel est construit sur un *postulat de la volonté privée* (ce sont les parties qui décident librement de l'existence d'une relation juridique entre elles, d'une part, et de ses modalités concrètes, de l'autre). Or, si on regarde l'évolution du droit des sociétés, on dirait que celui-ci s'est écarté de plus en plus d'un droit contractuel et volontariste pour s'orienter vers un droit de nature légale et impérative. En effet, la société anonyme s'avère un mécanisme dont l'organisation et fonctionnement n'est pas laissé au libre-choix des parties mais qui s'est vu minutieusement réglé par le législateur (en vue de raisons d'ordre public - p.ex., protection de l'épargne -, de contrôle et transparence de la concentration interne de pouvoir, etc); il ne semble donc plus possible, p.ex., de considérer que les apports des actionnaires constituent un pur effet contractuel du contrat de société (au contraire, ils deviennent par contre la condition financière et patrimoniale de l'organisation de l'entreprise), ni que le Conseil d'Administration tient ses pouvoirs d'une délégation volontaire (mandat) par

les associés contractants (puisque ce pouvoir résulte en réalité directement d'une organisation impérative régie par la loi en vue d'assurer la gestion sociale). On dirait donc que le législateur est venu ainsi progressivement se substituer aux fondateurs privés dans l'organisation du groupement sociétaire. Une organisation d'origine légale remplace de plus en plus une organisation d'origine contractuelle.

D'autre part, le modèle contractuel est un modèle construit sur un *postulat nominaliste* ou individualiste, qui se révèle inapte à traduire la complexité des réalités collectives. Tout d'abord, il est responsable, conjointement avec l'institution de la propriété privée, à une vision très étroite et minimaliste de la question de la socialité ("membership") au sein d'une réalité organisationnelle telle que la SA: il réduit la SA aux seuls actes de volonté fragmentaires des quelques personnes qui la constituent (apporteurs de capital), ce qui produit donc un effet sélectif dans la normativisation de cette réalité. En second lieu, et ceci découle de ce qui précède, en bornant l'ensemble de ses implications juridiques à la sphère des seules parties privées (seuls les co-contractants peuvent être titulaire de droits ou d'obligations), il ignore tout simplement que ces réalités affectent aussi la sphère juridique d'autres parties ou groupes, pour la protection desquels subsistent d'importantes lacunes (travailleurs, consommateurs, intérêt social en général).

Enfin, le modèle contractuel s'attache à un *postulat de rapport synallagmatique*, qui commanderait la relation entre les parties (promesses réciproques fixes et conséquences juridiques rigides en cas d'inobservation). Or, ici une fois de plus, le modèle ne reflète pas la réalité: les réalités collectives ou associatives, en tant qu'affaires qui se prolongent dans le temps ("on going concern") et qui perdurent même au-delà de la vie de leurs fondateurs (les auteurs parlent souvent ici de la "Unsterblichkeit der Aktiengesellschaft"²⁸⁶), sont condamnées à véhiculer une logique de continuité plutôt que d'opposition, ce qui signifie que les termes de la relation doivent être flexibles et ouverts à la dynamique organisationnelle.

²⁸⁶ Großfeld (1968), op.cit., 121.

§2 La Personnalité Morale

En 1948, le comparatiste Sola Cañizares écrivait: "Tout le problème des filiales, de leurs relations avec la société mère, du rejaillissement sur l'une des engagements de l'autre est un problème de personnalité morale. Le jour où il aura être résolu, tous les autres le seront par sùrcroît". En dépit de leur vénérable antiquité, ces mots conservent encore une admirable actualité. Le propos des lignes suivantes sera de le démontrer.

A mon avis, la crise du modèle légal face au phénomène des groupes trouve ses racines dans la crise même de la conception traditionnelle de personnalité morale qui lui est sousjacente. On verra que cette conception est erronée en deux aspects essentiels: (1) la réduction de la substance de la PM à un système personnel et patrimonial et (2) la vision de celle-ci comme un système fermé. On verra aussi dans quelle mesure un nouveau modèle alternatif de société doit nécessairement partir d'une conception aussi nouvelle et différente de personnalité morale (3).

1. La Personne Morale, un Système Personnel-Patrimonial?

Selon la doctrine traditionnelle, l'essence des PM a toujours été réconduit à une des deux alternatives suivantes: groupement de personnes (substratum personnel) ou masse de biens (substratum patrimonial). La question de la réalité sous-jacente aux personnes collectives a donc toujours obtenu une réponse limitée à la mise en évidence, soit d'un élément personnel, soit d'un élément patrimonial. *Tertium non datur*. Cela explique, entre autres choses, que la classification doctrinale fondamentale de ces personnes distingue entre Corporations et Fondations, les premières étant des collectivités d'individus ("universitates personarum") et les dernières étant des ensembles de biens ("universitates bonorum").

Cette façon traditionnelle de concevoir le substratum des PM a exercé une influence décisive sur la construction de la SA. C'est ainsi que, selon le MLC, comme nous l'avons vu, la personnalité juridique de la SA-PM s'exprime juridiquement au moyen des attributs de la Capacité Juridique et de la Capacité d'Exercice, attributs dont le contenu particulier se traduit à son tour dans l'existence d'une SPA (masse patrimoniale propre et cloisonnée) et d'une SOA (groupement de personnes corporativement organisé). L'organigramme de base du MLC de SA-PM se voit lui-aussi réduit, dans ses

lignes structurelles, à un simple élément personnel ou patrimonial, et de cette façon se révèle profondément tributaire de la conception traditionnelle de la PM.

On n'a pas besoin de rappeler ici comment le phénomène des GS est venu ouvrir une crise dans ce modèle: la subordination des sociétés groupées à une politique économique générale fait de leurs patrimoines respectifs de purs éléments économiques interchangeables au sein du groupe, en ruinant leurs SPA; la création d'une direction unitaire extérieure à ces sociétés - qui dorénavant assure les compétences de 1^{ère} degré jusqu'à attribuées aux organes sociaux propres de chaque société -, rend fictives les SOA du groupement corporatif, au delà-même du bouleversement de son équilibre organique interne. Une telle crise, en détruisant le support matériel des attributs normatifs de la PM de la SA, finit logiquement par mettre en cause la subsistance-même des sociétés du groupe comme sujets juridiques autonomes: en effet, si on affirme que l'autonomie de la SA-PM se traduit par l'autonomie de sa structure patrimoniale ou de sa structure organisationnelle - comme le prétend le modèle légal classique -, alors il ne reste qu'à conclure à la négation de la PM aux sociétés groupées.

À mon avis, cependant, une telle conclusion n'est pas nécessaire, ni la crise du MLC insurmontable, si on part d'une notion différente de la PM. Le raisonnement à suivre doit justement être inverse à celui de la vision traditionnelle: la PM ne doit être confondue ni avec une idée de Patrimoine ni avec une idée de Groupement de Personnes mais, bien au contraire, doit être nettement distinguée de celles-ci. Une nouvelle conception de la PM, propre à fonder un MNA de la SA, devra ainsi s'orienter dans la direction (opposée) d'une autonomisation radicale de celle-ci vis-à-vis de ses composantes patrimoniales et organisationnelles-personnelles: ce qui signifie que *l'autonomie de la PM ne devra plus consister dans l'autonomie de sa structure patrimoniale et de sa structure organisationnelle mais à l'inverse dans l'autonomie de la PM elle-même à l'égard de celles-ci* (TABLE 6). Ce n'est pas que de l'autonomie ainsi conçue que pourra émerger un nouveau modèle alternatif de SA, adapté aux réalités économiques et sociétales modernes et, capable en outre à l'encadrer juridiquement des phénomènes tels que celui des Groupes, puisqu'alors les atteintes caractéristiques à l'autonomie des SP et SO des filiales composantes entraînées par le fonctionnement de n'affecteraient plus la PM elle-même, dont l'autonomie se situe dorénavant ailleurs que dans ces structures, et ne correspondraient plus dès lors qu'à

la violation d'éléments dorénavant placés dans sa périphérie. Si on persiste à voir dans la SA-PM la personnification soit d'un groupement de personnes soit d'un patrimoine, alors on est condamné à ne trouver aucune réponse doctrinale satisfaisante au problème des GS, et - vu l'importance centrale de ceux-ci dans la pratique sociétaire actuelle - à continuer à faire reposer notre droit sociétaire sur un modèle fictif.

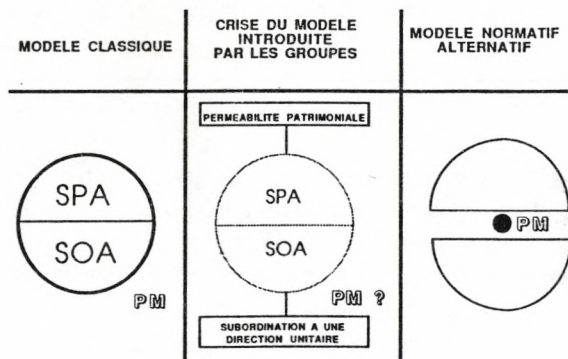


TABLE 6 La SA, Système Personnel-Patrimonial?

2. La Personne Morale, un Système Fermé?

Le seconde erreur majeure du modèle classique consiste dans l'assimilation par la conception traditionnelle de la PM à un système fermé, comme une unité absolument cloisonnée.

Selon la doctrine traditionnelle, la personnalité des PM est regardée comme un système fermé sur lui-même: "personnifier" équivaut à le cloisonnement absolu d'un substratum personnel ou patrimonial vis-à-vis les interférences de son environnement. L'origine d'une telle vision est simple: la personnalité morale des Personnes Collectives a été construite sur le modèle des Personnes Physiques (principe de l'analogie des personnes morales aux personnes naturelles). Or un tel modèle repose sur le postulat de l'autonomie absolue de la personne, et de la sorte que c'est lui qui, précisément, fournit le paradigme individualiste qui anime toute la construction de l'édifice du Droit

Privé²⁸⁷. Cette circonstance explique bien la raison pour laquelle - une fois la conception traditionnelle transposée à la SA - le MLC a été conduit, par une sorte de mimétisme, à construire la SA à l'image d'un système fermé. La SA ne serait ainsi plus que l'organisme résultant de la personnification d'une collectivité d'individus (actionnaires) constituée et dirigée corporativement, c'est-à-dire, constituée en tant qu'association assurant sa propre auto-direction au moyen de la formation d'une volonté interne exprimée par ses organes propres et visant la réalisation d'un intérêt lui-aussi propre. L'autonomie de la SA-PM consisterait donc dans l'autonomie de sa gestion et direction internes et dans son cloisonnement total à l'égard des influences de l'extérieur: en bref, une *autonomie fermée*.

C'est ici que réside l'erreur. Le substratum de la SA-PM ne correspond nullement à l'idée d'un système fermé mais se manifeste plutôt comme un système doté d'une ouverture potentielle typique aux interférences de son environnement. L'autonomie de la SA-PM n'est pas une autonomie fermée mais plutôt une *autonomie ouverte et opérationnelle vers une inter-action avec son environnement* (on entend ici par "environnement" l'ensemble des autres sociétés). La raison en est la suivante: la discipline légale de la SA prévoit elle-même l'existence de certains mécanismes juridiques qui créent virtuellement de potentielles ouvertures du système sur/avec l'environnement et qui, une fois actionnés ou activés, font de ces ces ouvertures latentes et potentielles des ouvertures réelles. Ces *mécanismes juridiques d'ouverture* sont de trois types:

- mécanismes de nature financière: fongibilité des actions, concentrationnisme inhérent aux droits de participation sociale ("one share - one vote")²⁸⁸ et possibilité pour les PM d'être membres d'autres PM²⁸⁹;

- mécanismes de nature contractuelle: possibilité de la PM de subordonner par voie contractuelle leur propre autonomie à une autre PM, totalement (contrat de domination) ou partiellement (p.ex., contrat de transfert de bénéfices) - possibilité complètement inconcevable dans le domaine des

²⁸⁷ Le Droit Privé repose sur "der Anerkennung der Selbstherrlichkeit des einzelne in der schöpferischen Gestaltung des Rechtsverhältnisse" (Flume, apud Ott, op. cit., 228); il constitue "das Recht des bürgerlichen Wirtschaftsgesellschaft" (Wiaecker (1952), "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit", 461 et s., 563 et s.) ou "das Recht der emanzipierten bürgerlichen Gesellschaft" (Habermas (1965), op. cit., 88). Voir aussi Büllinger (1968), "Öffentlichesrecht und Privatrecht".

²⁸⁸ Eisenberg (1976), "The Structure of the Corporation".

²⁸⁹ Sur le développement historique de cette possibilité, Ott (1977), "Recht und Realität der Unter-nehmenskorporation".

personnes physiques, mais légalement consacrée et admise dans celui des personnes morales²⁹⁰;

— mécanismes de nature personnelle: possibilité de les mêmes personnes physiques d'intégrer les organes sociaux de différentes PM (surtout, les organes délibératifs).²⁹¹

Lorsque de tels mécanismes juridiques ne sont pas utilisés, l'image de la SA-PM correspond effectivement à celle d'un système fermé et, donc, le MLC coorespond par un instant à la réalité. Toutefois, le dynamisme d'expansion et de croissance qui est propre de la réalité économique sous-jacente à la SA-PM (l'entreprise) fait de cette situation, depuis longtemps, une hypothèse extrêmement improbable. En effet, nous avons mis antérieurement en évidence comment la société possède, en tant que sujet économique, un cycle de vie qui l'amène irréversiblement vers un processus d'expansion, d'abord interne (concentration interne de pouvoirs), puis externe (concentration réalisée au moyen du contrôle par la société d'autres sociétés). Or cette dernière étape du cycle de croissance de la société-sujet économique - dont les GS constituent le résultat le plus achevé - est venue mettre en lumière le caractère d'ouverture dont jouit la société-sujet juridique. L'activation des mécanismes juridico-financiers d'ouverture est à l'origine des enjeux de participation financières inter-sociétaires (circulaires, pyramidales, réciproques) qui sont à la base de la formation des dits *Groupes Industriels*; l'activation des mécanismes juridico-contractuels est à l'origine de la formation des *Groupes Contractuels* (v.g., le groupe Thyssen); enfin, l'activation de ceux de type personnel est à l'origine de la pratique des "interlocking boards directorates" qui est à la base des *Groupes Personnels* (TABLE 7).²⁹²

En tout cas, l'activation de ces mécanismes juridiques, déclenchée par le phénomène des GS a mis en évidence l'ouverture potentielle et typique de la SA-PM sur son environnement, révélant ainsi la faillite du MLC. En effet, si la SA-PM correspondait réellement au modèle d'un système fermé, alors des phénomènes tels que celui des groupes seraient non seulement impossible à régler mais surtout inconcevables: des systèmes fermés ne peuvent pas créer

²⁹⁰ À propos du mécanismes de liaison sociétaire, de nature contractuelle, le plus important - le contrat de contrôle ou de domination -, voire Exner (1984), "Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit".

²⁹¹ Notté (1978), "Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé".

²⁹² Vide Stockmann/ Ziegler/ Scott (1986), "Networks of Corporate Power".

entre eux des rapports d'interférence réciproque puisque, par définition, ils sont imperméables à toute interférence exogène. Des phénomènes tels que celui du contrôle (qui ont même une expression légale dans certains ordres juridiques: par exemple, la "cession de contrôle" de la loi française²⁹³) seraient eux-aussi inexplicables.

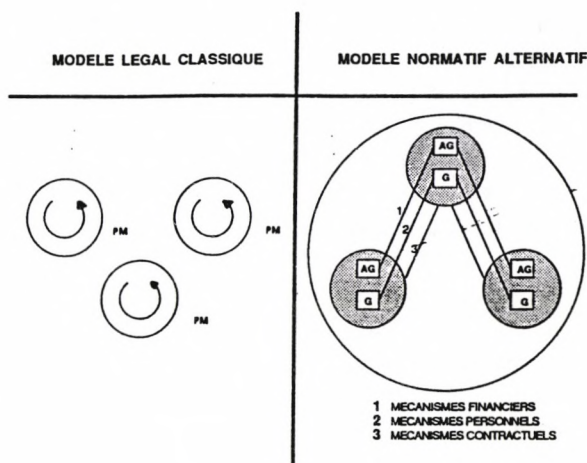


TABLE 7 L' Ouverture de la SA et ses mécanismes

Une fois plus, à mon avis, le chemin à prendre doit être précisément l'inverse: la PM doit être conçue comme un système ouvert et son autonomie comme une autonomie ouverte sur son environnement. *Un nouveau MNA de SA-PM devra donc s'éloigner l'idée d'autonomie fermée du modèle classique et accentuer l'autonomie ouverte ou opérationnelle*, puisque seulement dans ce cas le "paradoxe du Groupe" - c'est-à-dire, la tension entre "Unité et Diversité" (Wallace)²⁹⁴, entre "Einheit und Vielheit" (Bälz)²⁹⁵ - et le paradoxe de la "split personality" de la filiale (Plasschaert)²⁹⁶ peuvent recevoir un encadrement satisfaisant. Les GS sont émergés parce que ses composantes (sociétés) constituent des entités dotées d'une autonomie ouverte: grouper

²⁹³ Berr (1973), *La Notion de Contrôle dans le Droit des Sociétés*, 3 et s.

²⁹⁴ Wallace (1982), *op. cit.*, 20.

²⁹⁵ Bälz (1974), *op. cit.*, 287.

²⁹⁶ Plasschaert (1979), *op. cit.*, 38.

signifie, dans ce sens, actualiser les mécanismes juridiques d'ouverture au sein d'un ensemble de sociétés. Le Groupe n'est autre chose que le produit global d'une telle actualisation.

3. Un Modèle Alternatif de la Société Anonyme Est-il Possible?

Nous avons ainsi exposé les raisons qui sont à l'origine de la crise du MLC et la direction éventuelle à suivre par un MNA (d'un côté, autonomisation de la SA-PM vis-à-vis de ses éléments patrimoniaux et personnels; d'un autre côté, reconnaissance de son autonomie ouverte sur l'environnement). Mais comment construire un tel modèle? Et surtout comment lui donner une expression juridique?

Nous ignorons encore la réponse. Cependant, à mon avis, la *théorie des systèmes* pourra offrir ici un instrument de travail particulièrement utile à cette construction, à cela pour plusieurs raisons.

Premièrement, parce que, dans ses développements plus récents, elle donne une re-interprétation nouvelle et révolutionnaire du problème du substratum de la PM, en mettant clairement en évidence la particularité revêtu par la personnalité morale des réalités organisationnelles et en soulignant l'opposition de base qui sépare l'essence des personnes physiques (réalité homme) et celui des PM (réalités collectives): "individual actor" versus "*corporate actor*". Cette nette séparation est inéluctable et c'est justement de l'absence d'une conscience claire de son existence que résultent, en bonne partie, les confusions qui sont à l'origine de l'échec du MLC.

En seconde lieu, parce que si on conçoit la PM de la SA comme un pur *système social d'action* on obtient un modèle cognitif apte à apporter une réponse aux nombreux problèmes cités plus haut. La SA-PM constituerait donc un système de communication (pur complexe d'action impersonnelle), formellement organisé, dont la caractéristique centrale consiste dans sa propriété d'auto-reflexivité et dans son procès d'auto-description de l'identité du système lui-même (collectivité: "*corporate actor*"). L'autonomie de la SA-PM résiderait alors dans l'autonomie du "*corporate actor*". Ceci étant, les éléments personnels-organisatifs et patrimoniaux - sur lesquels le MLC faisait reposer une telle autonomie - ne constitueraient que des éléments appartenant à son environnement (interne), alors qu'on laisserait ouverte la capacité de réponse de la société à l'égard des éléments situés dans son environnement externe (TABLE 8).

Avec cette conception nous pourrions:

A) Obtenir un nouveau souffle dans le processus de fortification de l'autonomie organisationnelle de la SA-PM elle-même, par rapport à sa structure organisationnelle (évitant les problèmes insolubles posés par la question de la "membership" comme voie méthodologique de légitimation de la constitution de l'entreprise, même dans la version d'une théorie pluraliste), et par rapport à sa structure patrimoniale.

B) En renvoyant ces structures (et les acteurs et intérêts qui les composent) vers l'environnement interne de la SA-PM, on obtient finalement une *relation d'équidistance* de tous les groupes d'intérêts par rapport à la

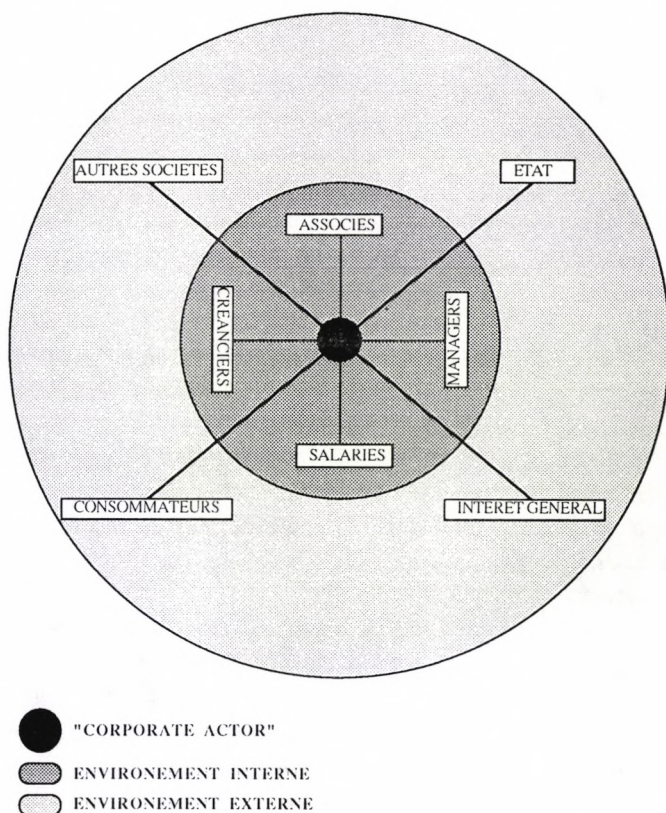


TABLE 8 La SA en tant que Système Social

SA-PM (actionnaires, créanciers, salariés, managers). De cette façon, non seulement on renforce son autonomie organisationnelle, mais surtout on permet un déplacement des *mécanismes de protection* de ces groupes-là vers leurs marchés spécifiques (v.g., externalisation des actionnaires vers le marché de capitaux, des créanciers vers le marché de crédit, etc) et un *transfert du noyau du problème de légitimation de l'entreprise* de la simple identification de ceci avec l'intérêt particulier d'un de ces groupes (ou avec l'équilibre entre eux) vers l'intérêt de l'entreprise elle-même et la question de la fonction sociale qu'elle doit remplir.

C) Expliquer l'émergence des GS *du point de vue des sociétés composantes elles-mêmes et de leur autonomie propre en tant que sujet juridique* (PM). Au contexte du MLC cela était impossible: tout en reconduisant l'autonomie de la SA- PM à l'autonomie de sa SP ou SO, un tel modèle restait irremédiablement condamné à entrer en crise devant les phénomènes de la pratique sociétaire dont la principale caractéristique est justement celle d'entraîner l'éclatement du cloisonnement patrimonial et organisationnel des sociétés composantes. Toutefois, si on ancre l'autonomie de la SA- PM dans le "corporate actor" et si, par conséquent, on renvoie la respective SP et SA vers son environnement, alors de tels phénomènes deviennent de simples modifications opérées dans son enveloppement qui n'affectent ni mettent directement en cause son autonomie en tant que PM, c'est-à-dire, en tant que sujet juridique.

D) Finalement, un tel MNA ne permettra pas seulement de récupérer "l'autonomie perdue" de la PM des filiales d'un groupe. Il permettra aussi d'expliquer *l'émergence du GS lui-même comme un nouveau système d'action*, possédant une réalité propre et distincte de celle des unités appartenantes (Teubner, Bälz). En effet, l'existence du GS comme système social n'est nullement incompatible avec l'existence des sociétés singulières. Conçue comme un système social englobant et de seconde degré, le GS serait ainsi un système dont la caractéristique centrale est justement celle de réaliser au moyen d'autres systèmes sociaux d'action - les sociétés groupées -, qui ne constitueraient donc que ses organes (Bälz), ses membres (Luhmann) ou ses unités d'action (Teubner). Le problème alors à résoudre serait celui de savoir quand est-ce qu'un acte d'une filiale à l'intérieur du groupe doit être attribué à cette filiale, à la société mère, ou au groupe dans son ensemble.

L'émergence de ce système de second degré résulte de l'ouverture typique des systèmes de premier degré (société), qui a été mise en relief plus haut. Le concept juridique-dogmatique qui pourrait exprimer le contenu légal de cet attribut de la SA-PM serait le cas échéant celui de la "personnalité juridique partielle" (Fabricius).



EUI WORKING PAPERS

Working Papers as from January 1990

EUI Working Papers are published and distributed by the
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge – depending on the availability of
stocks – from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

(See also separate list Working Papers up to December 1989)

Publications of the European University Institute

To The Publications Officer
European University Institute.
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

From Name

 Address

- ☐ Please send me a complete list of EUI Working Papers
- ☐ Please send me a complete list of EUI book publications
- ☐ Please send me the EUI brochure Academic Year 1992/93

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

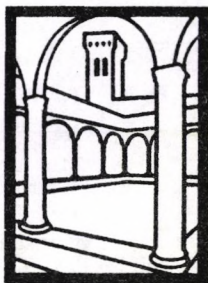
Title:

Date

Signature

EUI Working Papers as from 1990

As from January 1990, the EUI Working Papers Series is divided into six sub-series, each series is numbered individually (i.e. EUI Working Paper HEC No. 90/1; ECO No. 90/1; LAW No. 90/1; SPS No. 90/1; EPU No. 90/1; ECS No. 90/1).



December 1991

Working Papers in Law

LAW No. 90/1

David NELKEN
The Truth about Law's Truth

LAW No. 90/2

Antonio CASSESE/Andrew
CLAPHAM/Joseph H.H. WEILER
1992 – What are our Rights?
Agenda for a Human Rights
Action Plan

LAW No. 90/3

Sophie PAPAETHYMIU
On a "Constructivist
Epistemology of Law"

LAW No. 90/4

Joachim WÜRMELING
Legislativer Trilog im Institution-
ellen Dreieck der Europäischen
Gemeinschaft. Das Verfahren der
Zusammenarbeit nach Artikel
149 Absatz 2 EWGV.

LAW No. 90/5

Renaud DEHOUSSE
Représentation territoriale et
représentation institutionnelle:
réflexions sur la réforme du Sénat
belge à la lumière des expériences
étrangères

LAW No. 90/6

J. KORTE (ed.)/
A. E. KELLERMANN/
W. M. LEVELT-OVERMARS/
F. H. M. POSSEN
Primus Inter Pares: The European
Court and National Courts.
The Follow-up by National Courts
of Preliminary Rulings

ex Art. 177 of the Treaty of
Rome: A Report on the Situation
in the Netherlands

LAW No. 90/7

Reiner GRUNDMANN
Luhmann Conservative, Luhmann
Progressive

LAW No. 90/8

Bruno DE WITTE
The Integrated Mediterranean
Programmes in the Context of
Community Regional Policy *

LAW No. 90/9

Anne-Laurence FAROUX
Le Ministère de la Culture en
France: Création et organisation

* * *

LAW No. 91/10

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 1
Christian JOERGES
*The Juridification of Product
Safety Policy*

LAW No. 91/11

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 2
Gert BRÜGGEMEIER/
Hans-W. MICKLITZ
*Product Safety Legislation
in France and in the United
Kingdom*

LAW No. 91/12

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 3

Gert BRÜGGEMEIER/
Josef FALKE/Christian JOERGES
*Product Safety Legislation in the
Federal Republic of Germany and
in the United States*

LAW No. 91/13

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 4

Josef FALKE/Christian JOERGES
*"Traditional" Harmonisation
Policy, European Consumer Pro-
tection Programmes and the New
Approach*

LAW No. 91/14

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 5

Christian JOERGES/
Hans-W. MICKLITZ
*Internal Market and Product
Safety Policy*

LAW No. 91/15

Christian JOERGES
Markt ohne Staat? Die
Wirtschaftsverfassung der Ge-
meinschaft und die Renaissance
der regulativen Politik

LAW No. 91/16

Erk Volkmar HEYEN
Systemic Interference and Social
Segmentation of Scientific Legal
Discourse: Some Theoretical
Perspectives and Empirical
Results in the Field of Continental
Administrative Law

LAW No. 91/17

Andrea SCHULZ
Verfassungsrechtliche Grundlagen
der auswärtigen Kulturpolitik

LAW No. 91/18

Hans-W. MICKLITZ
Internal Legal Instruments for the
Regulation and Control of the
Production and Use of Chemicals
and Pesticides

LAW No. 91/19

Hans Ulrich Jessurun
d'OLIVEIRA
Class Actions in Relation to
Cross-Border Pollution.
A Dutch Perspective

LAW No. 91/20

Luis María DíEZ-PICAZO/
Marie-Claire PONTTHOREAU
The Constitutional Protection of
Social Rights: Some Comparative
Remarks

* * *

LAW No. 92/21

Aidan O'NEILL/Jason COPPEL
The European Court of Justice
Taking Rights Seriously?

LAW No. 92/22

Massimo LA TORRE
Linguaggio giuridico e realtà
sociale. Note sulla critica
realistica del concetto di diritto
soggettivo

LAW No. 92/23

Renaud DEHOUSSE
Integration v. Regulation?
Social Regulation in the European
Community

LAW No. 92/24

José Engrácia ANTUNES
Le Groupe de Sociétés
La crise du modèle légal classique
de la Société Anonyme

